Convocado por:

UNIVERSIDAD La Gran Colombia
Fundada en 1951

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O Impacto no Direito do Trabalho das crescentes transformações da sociedade

El impacto de las crecientes transformaciones sociales en el Derecho Laboral

Atas do IX Congresso Ibero-Americano e Europeu de Direito do Trabalho e da Segurança Social

Actas del IX Congreso Iberoamericano y Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Coordenação/ Coordinación:

MARTHA MONSALVE CUELLAR

CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO

2025

Prólogo

Por fenómenos socio políticos, económicos, cambio climático, la Revolución 4.0 con sus grandes cambios tecnológicos, la COVID 19, que transformó el mundo, la irrupción de la IA y un Convenio de la OIT, el del Centenario que pretende convertirse en el segundo mundial por su importancia como es el 190.

Los Informes de las Comisiones de Alto Nivel de 2019 sobre el Trabajo y la Protección Social Universal, las grandes migraciones, las tendencias reformistas, los retos para el sindicalismo hacía urgente el que reiniciáramos estos encuentros intercontinentales que nos han permitido acercarnos para intercambiar experiencias, comparar nuestras normas y establecer que a pesar de grandes diferencias hay similitudes y ante todo renovar lazos de amistad generados por el interés común por lo académico .

Por segunda vez la Universidad Católica Portuguesa sus Autoridades con Catarina Carvalho y un magnífico equipo de colaboradoras, creyó en nuestro proyecto y aquí estamos, no solamente felices por el reencuentro y la consolidación de nuestros Congresos Iberoamericanos y Europeos de los cuales queremos hacer remembranza, como homenaje y también hacedores de esta realidad evidenciada hoy.

Iniciados en Módena en 2008, con la inolvidable Luisa Galantino y Alberto Levi, entonces su pupilo hoy Catedrático de Modena Reggio Emilia, para seguir con, Vigo, Jaime Cabeza y Belén Fernández, liderando el II, Julio Gomes abrió las puertas de esta magnífica casa de estudios en esta bella ciudad de Oporto y realizamos el III y para que Santiago Catalá continuara en Cuenca en un encuentro maravilloso, nacido del esfuerzo tesón y gran empeño por no dejar morir lo que había nacido y logrado forma.

¿Cómo no recordar lo vivido en la Cueva del Duende? Ese hotel que nos acogió y estrechó el empeño de salir adelante. Es la prueba de que “querer es poder “

El entusiasmo contagioso nos llevó a Alcalá de Henares, donde Jaime López Ahumada y el gran apoyo de la OISS y Gina Magnolia Riaño consolidaron el V.

El fervor y gran esfuerzo realizados, motivo para que José Antonio Fernández y José Luis Monereo llevarán a cabo el VI en la Universidad de Granada, igualmente inolvidable.

El enorme compromiso de Santiago Catalá y su recia voluntad consiguieron que Unidia nuevamente en Cuenca nos albergara para el VII.

Con el apoyo de la Profesora colombo italiana Luz Karime Angel y la Universidad la Sapienza de Roma iniciamos la preparación del VIII, pero la irrupción de la COVID 19 y sus graves consecuencias, retraso el proyecto, pero perseverando en ello y aprovechando el auge de la virtualidad, sacamos adelante con la fidelidad de todos los que nos vienen acompañando en este gran empeño.

Superado el impacto de la Covid 19, que no termina de presentar variables y sus consecuencias, en un mundo agitado por guerras y conflictos e inestabilidades, que

sigue generando grandes cambios normativos y jurisprudenciales, revivir esta iniciativa, era urgente.

En el mismo orden de los iniciales, empezamos la consulta hasta encontrar la positiva, que nos permite estar hoy de nuevo juntos para tratar temas de gran actualidad y trascendencia. En el marco de esta acogedora Universidad Católica Portuguesa y la magia del encanto de esta bella ciudad de Oporto.

Durante 7 meses hemos trabajado en gratos encuentros frecuentes, acortando distancias gracias a la tecnología, preparando cuidadosamente y con gran devoción este Congreso con una respuesta importante, de quienes nos han acompañado desde un comienzo, pero que ha ido sumando representaciones muy numerosas como la de México.

Aún no está asegurado el X Iberoamericano y Europeo de 2026. Hemos tocado varias puertas de Universidades que han estado vinculadas con los eventos anteriores, pero aún no tenemos confirmación y no perdemos la esperanza de la continuidad de este Congreso único en su concepción y dimensión. De lo que estamos seguros es del interés y empeño de todos los que ya nos hemos integrado en ellos a seguir adelante.

No hay palabras que puedan reflejar la gratitud a la UNIVERSIDAD CATÓLICA PORTUGUESA, a sus directivos, a Catarina Carvalho y su inmejorable equipo de colaboradoras que han cuidado con esmero todos los detalles de un evento de semejante alcance.

A todas y cada una de las Universidades e instituciones, aquí representadas, a los magníficos conferencistas que tuvimos el privilegio de escuchar, a quienes trabajan en la sombra, pero son parte esencial de estos eventos, a los amigos, patrocinadores, nuestra eterna gratitud. Sin ellos esto no hubiera sido posible igual a quienes permiten que estos trabajos lleguen a sus manos como medio de consulta, análisis y estudio.

Los días transcurridos durante el Congreso, un paso más para los avances importantes en un mundo del trabajo nuevo, con trabajadores nuevos y amenazas frente a la IA así como el reto de la seguridad social que clama por una Protección Social Universal, que garantice la justicia social y con ello la paz que tanto anhelamos

Fortalezcamos el Diálogo Social para buscar el entendimiento de los interlocutores sociales y dar voz a los que no la tienen, los desempleados, informales, comunidades vulnerables, migrantes, adultos mayores, jóvenes sin oportunidades. Luchemos por la inequidad y una administración de justicia oportuna, equitativa, sin sesgos ni retaliaciones.

Luchemos por un mundo mejor que merecemos y que queremos dejar para los que vienen y generaciones futuras.

La presencialidad fue de gran importancia pero los avances tecnológicos permitieron a quienes desde muchos países lejanos contribuir a un esfuerzo académico de relevancia con sus aportes.

Las páginas que tendrán la oportunidad de leer son el testimonio de grandes aportes pero también lo que puede el deseo de aportar ciencia para nuestro mundo académico.

Martha Elisa Monsalve Cuellar

Coordinadora Cientifica

Universidad La Gran Colombia

Nota prévia

Foi com entusiasmo que respondi ao repto lançado pela Professora Martha Elisa Monsalve Cuéllar – uma força da natureza e um exemplo para todos nós – de voltar a organizar na Escola do Porto da Universidade Católica Portuguesa o Congresso Ibero-americano e Europeu de Direito do Trabalho e da Segurança Social. Continuava bem vivo na minha memória o sucesso da 3.ª edição deste evento, coordenada pelo meu mestre Professor Júlio Gomes, a confraternização e o profícuo debate científico entre juslaboristas e outros estudiosos do mundo do trabalho de ambos os Continentes.

Acolhemos, por isso, calorosamente, a 9.ª edição do Congresso Ibero-americano e Europeu de Direito do Trabalho e da Segurança Social, o qual se realizou nos dias 8, 9 e 10 de maio de 2025, num formato híbrido, contanto com mais de 80 preletores de 18 países diferentes.

Como pano de fundo do evento encontram-se as diversas transformações que se sucedem a uma velocidade vertiginosa, em inúmeros planos – ambiental, tecnológico, político-social – e com inegável impacto no mundo do trabalho. Acresce o debate sobre as implicações do caso submetido ao Tribunal Internacional de Justiça sobre o "Direito de Greve nos termos da Convenção n.º 87 da OIT", o qual não poderia ficar à margem deste Congresso pelas consequências que daqui decorrerão não só para o Direito Internacional do Trabalho, mas também para os ordenamentos jurídicos nacionais. Procurou-se, assim, alimentar e enriquecer o debate sobre alguns dos temas mais candentes suscitados pelas referidas transformações e contexto internacional que ficaram reunidos nos seguintes grupos temáticos em tornos dos quais se organizam, agora, os textos publicados:

- Tendências das Reformas Laborais e da Segurança Social
- Oportunidades e Desafios da IA no Mundo do Trabalho
- Correntes Migratórias: Aspetos Socioeconómicos e Políticos
- A Convenção 190 da OIT, riscos psicossociais e saúde mental
- Direito à greve: um direito fundamental no contexto internacional?
- Dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade
- Liberdade Sindical

Não obstante a centralidade destes tópicos, o Congresso Ibero-Americano e Europeu de Direito do Trabalho e da Segurança Social, em harmonia com o seu propósito de apoiar a investigação científica, contou, uma vez mais, com um momento dedicado a apresentações de temas livres, selecionadas, por uma Comissão científica previamente designada, a partir das propostas submetidas pelos investigadores em resposta à *call for papers* divulgada. Neste contexto, foram apresentados trabalhos de elevada qualidade, vários dos quais são publicados nesta obra, procedendo-se ao respetivo enquadramento temático nos grupos mencionados *supra.*

Agradeço a todos os preletores, comentadores e moderadores, a cujo trabalho e brilhantismo se deveu o êxito desta iniciativa, assim como agradeço a generosidade na redução a escrito das respetivas comunicações.

Uma palavra de profundo agradecimento é devida, em especial, às minhas colegas e amigas Professora Milena Rouxinol e Professora Ana Teresa Ribeiro cuja dedicação e trabalho incansável, que se prolongou durante muitos meses, foram decisivos para a concretização e para o sucesso desta iniciativa.

Uma palavra final de reconhecimento e gratidão é igualmente devida, desde logo, à Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica pela confiança e apoio dados ao longo de todo o processo que conduziu à realização do Congresso, mas também a todas as entidades cujo apoio e colaboração em muito contribuiu para o seu sucesso, em particular a Garrigues, a Dower Law Firm, o Conselho Regional do Porto da Ordem dos Advogados e a APODIT − Associação Portuguesa de Direito do Trabalho.

Catarina de Oliveira Carvalho

Coordenadora Científica

Universidade Católica Portuguesa

PROGRAMA DO CONGRESSO

Universidade Católica Portuguesa

Faculdade de Direito – Escola do Porto

8, 9 e 10 de maio de 2025

(evento híbrido)

8 de maio

9H00 - 9H30 – Sessão de abertura

Manuel Fontaine (Diretor da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Portugal)

Marco Tulio Calderón Peñaloza (Reitor da *Universidad de la Gran Colombia*, Colômbia)

Manuel Pedro Baganha (Assessor da *Organización Iberoamericana de la Seguridad Social – OISS*)

Martha Monsalve Cuellar (Coordenadora Científica | *Universidad de La Gran Colombia*, Colômbia)

Emilio Alfredo Carrasco González (Diretor do *Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social – CIESS*)

Catarina de Oliveira Carvalho (Coordenadora Científica | Universidade Católica Portuguesa, Portugal)

9H30-11H15 – Painel I – Tendências das Reformas Laborais e da Segurança Social (primeira parte)

MODERAÇÃO: Miguel de Antas de Barros (Conselho Regional do Porto da Ordem dos Advogados)

Hernando Torres Corredor (Ex-presidente do *Consejo Superior de la Judicatura*; ex - decano e atual docente da *Universidad Nacional de Colombia*, Colômbia)

Desarrollo del modelo de protección social integral para la vejez, la invalidez y la muerte... en Colombia − Ley 2381 de 2024

COMENTÁRIO: María Ascensión Morales (*Universidad Nacional Autónoma de México*, México)

Elizabeth Sánchez Rodríguez (*Universidad Autónoma de Tlaxcala*, México)

Sostenibilidad de la seguridad social en el siglo XXI

Luísa Andias Gonçalves (Universidade de Coimbra, Portugal)

Reforma do regime de proteção social dos trabalhadores domésticos

Jaime Alberto Mejía Castrillo (*Universidad Medellín, Universidad San Buenaventura y de Antioquia de Medellín*, Colômbia)

Tendencias en las reformas laborales y de seguridad social

David Montoya Medina *(Universidad de Alicante*, Espanha)

Discriminación por enfermedad en la relación de trabajo

Zélia Luiza Pierdoná (Universidade Mackenzy, Brasil)

Tendências e necessidades nas reformas de segurança social

Intervalo | *Coffee-break*

11H45 – 13H15 – Painel II – Tendências das Reformas Laborais e da Segurança Social (segunda parte)

MODERAÇÃO: Gilberto Chávez Orozco (*Instituto de Derecho Laboral Mexicano*, México)

Olga Pavlovna Rymkevich (*Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*, Itália)

Los derechos de los pacientes con cáncer en Italia a la luz de la reforma de la discapacidad?

COMENTÁRIO: Tomas Hector Natividad Sánchez (Presidente *de la Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social*, México)

Gilberto Chávez Orozco (*Instituto de Derecho Laboral Mexicano*, México)

Perspectivas del derecho del trabajo en México

Carmen Viqueira (*Universidad de Alicante*, Espanha)

Ajustes razonables y adaptación de las condiciones de trabajo

Leobardo López Morales *(*Juiz, México)

Las repercusiones de la reforma constitucional del poder judicial en la administración de justicia laboral

Manuel Ramón Herrera Carbuccia (Magistrado, *Universidad Católica Pontificia Madre y Maestra de República Dominicana*, República Dominicana)

Las particularidades de la propuesta de reforma laboral dominicana

Intervalo | Almoço

14H30-16H00 – Painel III – Oportunidades e Desafios da IA no Mundo do Trabalho (primeira parte)

MODERAÇÃO: Joselita Nepomuceno Borba (Procuradora, Brasil)

Antonio Ojeda Avilés (Catedrático de *Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Sevilla, Presidente da International Asociación of Social Protección*, Espanha)

Deconstrucción digital y derecho del trabajo sin adjetivos

COMENTÁRIO: Segundo Garcia Hinojos (*Universidad Nacional Autónoma de México*, México)

João Leal Amado (Universidade de Coimbra, Portugal)

Trabalho nas plataformas digitais

Teresa Coelho Moreira (Universidade do Minho, Portugal)

A gestão algorítmica das relações de trabalho

María Ascensión Morales Ramírez (*Universidad Nacional Autónoma de México*, México)

Plataformas digitales de trabajo y seguridad social

Alberto Levi (*Università de Modena e Reggio Emilia*, Itália)

Formazione e intelligenza artificiale

Intervalo | *Coffee-break*

16H30-18H00 – Painel IV – Oportunidades e Desafios da IA no Mundo do Trabalho (segunda parte)

MODERAÇÃO: Miguel Machado (*Dower Law Firm*)

Federico Anaya (*Escuela Libre de Derecho*, *Instituto de Posgrado en Derecho*, México)

Inteligencia artificial y trabajo

Sebástian Coppoletta (*Universidad del Litoral*, Argentina)

La IA y la renta universal

Fabiola Bogado Ibarra (*Universidad Nacional de Entre Ríos,* Argentina)

Inteligencia artificial y facultad de dirección del empleador. Sus límites

Lorena de Mello Rezende Colnago (Magistrada, Brasil)

La seguridad en el trabajo de los entregadores de mercancía por las plataformas con mototaxi y bicicletas

Arnaldo Boson Paes (Juiz, *Centro Universitário UNINASSAU*, Brasil)

Los retos de la IA frente al empleo y la ocupación

Segundo Garcia Hinojos (*Universidad Nacional Autónoma de México*, México)

Críticas a la novísima regulación del trabajo en plataformas digitales en México

18H00-19H00 – Painel V – Correntes migratórias: aspetos socioeconómicos e políticos

MODERAÇÃO: Lavinia Vladila (*Valahia University of Targoviste*, Roménia)

Emílio Alfredo Carrasco González (Diretor do *Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social – CIESS*)

Seguridad social para los migrantes de las Américas: un compromiso solidario

COMENTÁRIO: Jorge Loyo (*Universidad Nacional Autonoma de Mexico*, *Instituto de Posgrado en* Derecho, México)

Misael Tirado (*Universidad la Gran Colombia*, Colômbia)

Mujeres y menores con fines de explotación sexual en el fenómeno migratorio

Raymundo Miranda Ramírez (*Universidad de Ixtlahuaca CUI*, México)

Impacto de las migraciones laborales en las economías emergentes: desafíos y oportunidades en un mundo globalizado

9 de maio

9H00-11H00 – Painel VI – A Convenção 190 da OIT, riscos psicossociais e saúde mental (primeira parte)

MODERAÇÃO: Rui Valente (*Garrigues*)

Valentina Beghini (*Legal Specialist on Violence, Harassment, and Non-discrimination at the International Labour Organization* – ILO)

ILO Violence and Harassment Convention, 2019 (No. 190) and the future of labour law: opportunities and challenges in preventing and addressing violence and harassment at work

COMENTÁRIO: Ana Ribeiro Costa (Universidade Católica Portuguesa – Porto, Portugal)

Panagiota Petroglou *(General Secretary of the Greek Society for Labour Law and Social Security,* Grécia)

The ILO 90 in the context of the recent EU VAW Directive and the EU's accession to the Istanbul Convention

Lavinia Vladila (*Valahia University of Targoviste*, Roménia)

Los costos y las consecuencias de la violencia sobre la mujer en el entorno social, médico, legal y laboral. La experiencia de Rumanía y España

Gabriela Moreno (*Escuela Libre de Derecho*, *Instituto de Posgrado*, México)

Aplicación del Convenio 190 en México

Guilherme Feliciano (Universidade São Paulo, Brasil)

A Convenção 190 da OIT e sua aplicação no Brasil

Andrés Chong Qui *(*Vice-Presidente do *Círculo de Abogados Laboralistas del Ecuador*, Equador)

Prevención y sanción de la violencia y/o acoso laboral. El caso de Ecuador

Héctor Humeres Noguer (*Universidad de Chile*, Chile)

El Convenio 190 y el caso chileno

Intervalo | *Coffee-break*

11H30-13H30 – Painel VII – A Convenção 190 da OIT, riscos psicossociais e saúde mental (segunda parte)

MODERAÇÃO: Milena Rouxinol (Universidade Católica Portuguesa – Porto, Portugal)

Reyna Briz Franco Ortiz (*Universidad Nacional Autónoma de México*, México)

Calidad de vida y seguridad social – paradigmas de Latinoamérica

César Duque Mosquera (*Universidad San Buenaventura,* Colômbia)

Acoso laboral

Nancy Elizabeth Santamaria Mimila *(Instituto de Derecho del Trabajo*, México)

Normativas y acciones para la erradicación de la violencia y el acoso laboral: un compromiso empresarial por un trabajo digno

Joselita Nepomuceno Borba (Procuradora, Brasil)

Adoecimento mental na sociedade da informação e os impactos nas relações de trabalho no Brasil

Natalia Sosa Flores (*Defensora del Pueblo*, Paraguai)

Violencia y mobbing laboral en Paraguay

Constanta Matusescu (*Valahia University of Targoviste*, Roménia)

El papel y las implicaciones de los nuevos instrumentos legales internacionales y europeos para reconocer y abordar el impacto de la violencia doméstica en el trabajo

Sonia Amparo Quiñonez López (*Universidad Continental*, Perú)

Impactos de las tecnologías de la información y la comunicación en el Derecho del Trabajo: tiempo y salud

Carlos Reynoso Castillo (*Universidad Nacional Autónoma de México*, *Universidad Panamericana*, México)

Tendencias del derecho a la desconexión en América Latina

Intervalo | Almoço

15H00-17H00 – Painel VIII – Direito à greve: um direito fundamental no contexto internacional

MODERAÇÃO: Paula Camanho (Universidade Católica Portuguesa – Porto, Portugal)

Tomas Hector Natividad Sánchez (Presidente *da Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social*, México)

La inclusión del derecho de huelga en el convenio 87 de OIT. ¿Es un derecho fundamental? ¿No es parte de la autonomía de los Estados su reglamentación y regulación?

COMENTÁRIO: António Monteiro Fernandes (*Nova School of Law*, Portugal)

Ioannis Katsaroumpas (*European Trade Union Institute – ETUI*)

Right to strike and the authoritarian spectre of "de-constitutionalisation": reflections on recent developments in the ILO and Council of Europe

Saida Quintero (*Universidad del Rosario*, Colômbia)

La huelga frente al derecho al trabajo de los no participantes en la huelga

Arturo Martínez y González (*Universidad Libre*, México)

Los principios fundamentales de la huelga en México

Estevão Mallet (*Universidade de São Paulo*, Brasil)

Limites ao direito à greve

Ana Teresa Ribeiro (Universidade Católica Portuguesa – Porto, Portugal)

The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the Employment Relation – book presentation

Rolando Murgas Torraza (*Universidad de Panamá*, Panamá)

La huelga como un derecho colectivo fundamental

Intervalo | *Coffee-break*

17H30-19H00 – Painel IX – Dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade

MODERAÇÃO: Ana Teresa Ribeiro (Universidade Católica Portuguesa – Porto, Portugal)

Júlio Gomes (Presidente da Secção Social do Supremo Tribunal de Justiça; Universidade Católica Portuguesa – Porto, Portugal)

Alterações climáticas e direito do trabalho

COMENTÁRIO: Milena da Silva Rouxinol (Universidade Católica Portuguesa – Porto, Portugal)

Emma Rodríguez Rodríguez (*Universidad de Vigo*, Espanha)

El mantenimiento del empleo socialmente justo ante la crisis climática

Michael Doherty (*Maynooth University*, Irlanda)

EU Directives on employee information, consultation and involvement: the third wave

Santiago Catalá Rubio (*Universidad de Castilla-La Mancha*, Espanha)

Objeciones de conciencia en el mundo laboral y las empresas de tendencia

10 de maio – Sessões paralelas

Sessão Auditório Carvalho Guerra

9H30-11H00 – Apresentação de trabalhos de investigação

Grupo Iberoamericano

Liberdade sindical

MODERAÇÃO: Gabriela Moreno (*Escuela Libre de Derecho*, *Instituto de Posgrado*, México)

Elizabeth Sánchez Rodríguez (México)

Joana Neto (Portugal)

Martha Monsalve Cuellar (Colômbia)

Héctor Humeres (Chile)

Nataly Rodriguez (Uruguai)

Intervalo | *Coffee-break*

11H15-12H00 – Apresentação de trabalhos de investigação

Grupo da *Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Posgrado en Derecho* (México)

MODERAÇÃO e COORDENAÇÃO: Reyna Briz Franco Ortiz (*Universidad Nacional Autónoma de México*, México)

Rodolfo Orozco Martínez (Instituto de Posgrado en Derecho, *Universidad Nacional Autónoma de México*, México)

La residencia laboral en las tecnologías emergentes en México

María Imelda Ortega Vera

El impacto del estrés y la ansiedad en la salud: la mediación como herramienta de prevención

Félix Contreras Arguiropulos

Retos y oportunidades del seguro de cesantía en el contexto actual del mercado laboral

Ana Lilia Arellano Velasco

Derecho la seguridad social, pensión por viudez de las parejas del mismo sexo

12H00-13H15 – Apresentação de trabalhos de investigação

Grupo *Semillero de Investigación en Derecho Laboral y Seguridad Social (Universidad del Rosario; Universidad la Gran Colombia, Universidad del Magdalena; Pontificia Universidad Javeriana*, Colômbia)

MODERAÇÃO: Elizabeth Sánchez Rodríguez (*Universidad Autónoma de Tlaxcala*, México)

Juan Salvador Vargas Díaz (*Universidad del Rosario*, Colômbia)

Informalidad laboral como primera barrera hacia la justicia social

Santiago Tovar Salamanca/Valentina González Gómez (*Pontificia Universidad Javeriana*, Colômbia)
Reforma al sistema pensional – ¿retroceso de la seguridad social colombiana?

Pablo Carvajal Hincapié (Advogado, Colômbia)

Las reformas laborales y de la Seguridad Social llevadas a cabo en Colombia y Latinoamérica

Jorge Baquero Aguilar *(Universidad de Málaga*, Espanha)

Prestaciones de seguridad social e interés superior del menor

Daniela Jheraldine Ibarra Arias/ María Fernanda Chavarro Tesillo/ Nicole Yuliana Murcia Severiche (*Universidad del Magdalena*, Colômbia)

Hacia una legislación inclusiva: licencias parentales para parejas homosexuales y personas no binarias Colombia vs Portugal.

Sessão Auditório EC024

09H30-13H00 – Apresentação de *papers* selecionados

MODERAÇÃO: Saida Quintero (*Universidad del Rosario*, Colômbia)

Duarte Abrunhosa e Sousa (Advogado, Portugal)

Horários flexíveis – da presente corrente jurisprudencial ao (in)cumprimento do principio da proporcionalidade

Ana Catarina Carvalho (Advogada, Portugal)

Inteligência artificial e o trabalho prestado por humanos: que futuro?

Ana García García (*Universidad de Salamanca*, Espanha)

Impactos de la gestión laboral algorítmica en la libertad sindical

Ana María Castro Franco (*Universidad de Léon*; Espanha)

Problemas y soluciones ante la extinción del contrato de trabajo provocada por el uso indebido de redes sociales

Catarina Gomes Santos (Universidade Católica Portuguesa – Porto, Portugal)

A seleção dos trabalhadores a despedir no âmbito do despedimento coletivo: a discriminação algorítmica

Despina Sinou (*Université Sorbonne Paris Nord*, França)

The European Union's responsibility for violations of social rights

Eder Niño Bravo (*Universidad del País Basco*, Espanha)

Retos y desafíos de la Autoridad Laboral Europea en el control del cumplimiento de las normas sociales aplicables al transporte de mercancías por carretera

Eunice Correia / Gonçalo Pinto Ferreira (Advogados, Portugal)

A cegueira da AI/AI Blindness

Inês Pereira de Sousa (Universidade Católica Portuguesa – Porto, Portugal)

Yodel's Case-law: Protecting Digital Platforms Workers under Criminal Law

(11h15) Intervalo | *Coffee-break*

MODERAÇÃO: Fabiola Bogado Ibarra (*Universidad Nacional de Entre Ríos,* Argentina)

Isabel Vieira Borges (Universidade de Lisboa, Portugal)

Ecological Labour Law: the environmental sustainability of work

Mário Silveiro de Barros (Universidade Lusófona – Lisboa, Portugal)

O impacto da recente jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a proteção social dos trabalhadores de serviço doméstico e a proteção da eventualidade da dependência

Nelson Lobos Camerati (Advogado, Chile)

Derecho del Trabajo, Convenio 169 de la OIT y el pueblo mapuche

Valentina Franca (*University of Ljubljana*, Eslovénia)

The hidden cost of metal: workplace mental health, regulations and possible solutions in the metalworking sector

Sarai Rodríguez González (*Universidad de la Laguna*, Espanha)

La representación de los intereses de las personas trabajadoras ante los desafíos del cambio climático

Septimiu Panainte (*Alexandru Ioan Cuza University, Iași*, Roménia)

"(Whistle)blowing"... a wind of change: a new strategic opportunity for strengthening workers protection and sustainability

13H15 – Encerramento

Tendências das Reformas Laborais e da Segurança Social

Tendencias en las Reformas Laborales y de Seguridad Social

SOSTENIBILIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL SIGLO XXI

Elizabeth Sánchez Rodríguez*

Sumario: *1. Introducción. 2. Origen de la Seguridad Social. 3. El Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo y su aplicación en el marco normativo de México. 4. A manera de conclusión un análisis de las problemáticas entorno a las formas de financiamiento de la seguridad social y una propuesta para la mejora de la sostenibilidad de la pensión por vejez. 5. Fuentes de información.*

1. Introducción

Pensar en el futuro de la sostenibilidad de la seguridad social en nuestros tiempos cada vez es más frecuente, no solo para los segurologos, ni para los gobiernos, finalmente está atrayendo la atención de los trabajadores, ya que ese futuro ha convertido en el presente de muchos trabajadores de América Latina y concretamente de México, ya que diversos problemas sociales como la inestabilidad, la informalidad y la migración, son parte de la constante que se vive en el contexto laboral en México, lo cual ha provocado que no exista continuidad en la cobertura de la seguridad social y desde luego representa inestabilidad y desprotección a corto, mediano y largo plazo, tanto para el trabajador como para sus dependientes económicos.

Mucho se ha hablado acerca de la sostenibilidad financiera de la seguridad social; sin embargo, el objetivo de este trabajo es el de llevar a cabo un análisis de la forma de financiamiento de la seguridad social, atendiendo con mayor énfasis el rubro de las pensiones por cesantía en edad avanzada o por vejez, el cual permitirá llegar a una propuesta que podría significar un avance financiero para la sociedad y en consecuencia mayor estabilidad económica y una vida digna para los trabajadores (y a sus beneficiarios) que lleguen al retiro de su vida laboral.

2. Origen de la Seguridad Social

Resulta complicado establecer un origen preciso de la seguridad social en el mundo, ya que este derecho humano tuvo lugar en distintos puntos históricos de conformidad con el contexto socioeconómico y político de cada país; sin embargo, el

país pionero en la seguridad social es Alemania bajo la dirección de su Canciller Otto Von Bismarck; sin embargo el objetivo en primer término es puntualizar que la seguridad social constituye una suma de disposiciones encaminadas a proporcionar a una población, caracterizándose por tener principios generales que la diferencian de otras medidas gubernamentales de carácter público, ya que va dirigida a todos los individuos pero al mismo tiempo cubre necesidades y circunstancias diferentes que los individuos requieran por su condición; ejemplo de ello son las prestaciones de maternidad, que por su naturaleza son otorgadas a las mujeres o las prestaciones por vejez que no pueden ser otorgadas antes de cumplir la edad requerida por la ley para estar en el supuesto.

Remontándonos un poco a la historia, el pionero en emplear el término de seguridad social fue Simón Bolívar, en el año de 1819, al declarar en el Congreso de la Angostura: "El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política".[1]

El insigne libertador americano se refería a que la seguridad social es un elemento clave para mantener armonioso un sistema de gobierno, lo cual es bastante lógico, ya que si la sociedad cuenta con las prestaciones que representan calidad de vida, dejan a un lado el desasosiego por cubrirlas, creando a la par un ambiente político armonioso, y estas ideas de Bolívar sin duda fueron innovadoras para la época.

En México, la seguridad social de acuerdo con lo establecido por el artículo 2 de la Ley del Seguro Social dice: "Artículo 2.- La seguridad social tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado".[2]

La seguridad social para el jurista Mario Pasco Cosmópolis, implica un concepto construido por primera vez en la Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), reunida en Filadelfia, Estados Unidos, en 1944, que a la letra decía.

---

[1] CÁZARES GARCÍA, Gustavo, *Derecho de la Seguridad Social*, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 87.

[2] *Ley del Seguro Social*, Cámara de Diputados, en *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/92.pdf*, consultado el 2 de febrero de 2014.

"…la seguridad social" engloba un conjunto de medidas adoptadas por la sociedad con el fin de garantizar a sus miembros, por medio de una organización apropiada, una protección suficiente contra ciertos riesgos a los cuales se hallan expuestos. El advenimiento de esos riesgos entraña gastos imprevistos, a los que el individuo que dispone de recursos módicos no puede hacer frente por sí solo, ni por sus propios medios, ni recurriendo a sus economías, ni siéndole tampoco posible recurrir a la asistencia de carácter privado de sus allegados.[3]

Ahora bien, complementando la definición anterior, para Mario de la Cueva el seguro social es:

La parte de la previsión social obligatoria que, bajo la administración o vigilancia del Estado, tiende a prevenir o compensar a los trabajadores por la pérdida o disminución de su capacidad de ganancia, como resultado de la realización de los riesgos naturales y sociales a que están expuestos. El seguro social principió como unas de las instituciones del derecho del trabajo y está dividiendo la organización central de la seguridad social: su fin es asegurar al hombre que trabaja, el máximo de seguridad en su existencia y la garantía de un nivel decoroso de vida.[4]

Se advierte de la definición anterior que el seguro social es en primer término, de carácter obligatorio para el Estado hacia la clase trabajadora; en segundo, que el objeto de éste es garantizar a la clase trabajadora una indemnización a la misma en caso de riesgo natural y social a los que esté expuesta, por ejemplo, la pensión jubilatoria, pensión *post-mortem*, estado de gravidez, riesgos en el trabajo, enfermedad ordinaria del trabajador, entre otras; sin embargo, este concepto deja a un lado algunos elementos que son constitutivos de la seguridad social en diversos países de Latinoamérica, entre los que se encuentra México, como lo es la obligación de otorgar la seguridad social, la cual no está sujeta exclusivamente al Estado, sino que éste hace partícipe de manera conjunta al patrón, quien se ve obligado a proporcionar seguridad social al trabajador y a los dependientes económicos del mismo, sólo en cuanto a salud y pensión *post-mortem* se refiere.

Otro de los elementos que se vislumbran en esta definición, es que el acreedor de la seguridad social debe necesariamente pertenecer a la clase económica débil,

---

[3] PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *¿Son los sistemas privados de pensiones formas de seguridad social? Las reformas de la seguridad social en Iberoamérica,* Lima, pp. 169-170.

[4] RUIZ MORENO, Ángel Guillermo, *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*, Editorial Porrúa, México, 2011, p. 30, y en ARCE CANO, Gustavo, *De los Seguros Sociales a la Seguridad Social,* Editorial Porrúa, México, 1972, p. 15.

idiosincrasia que ha sido superada hoy día, debido a que al capitalismo y la globalización han hecho que la seguridad social tienda a privatizarse, al igual que el resto de los servicios que en un principio eran propiamente obligación del Estado, así como de las políticas públicas del gobierno en turno, y de los cuales no precisamente la clase obrera hace uso.

Por su parte, el jurista Eduardo Carrasco Ruiz nos brinda la siguiente definición de seguro social:

El seguro social es el instrumento de la seguridad social por el cual se busca garantizar mediante la solidaridad, los esfuerzos del Estado y la población económicamente activa, evitando o disminuyendo los riesgos y contingencias sociales y de vida a que está expuesta la población y los que de ella dependen, para obtener mayor bienestar social, biológico, económico y cultural posible en un orden de justicia social y dignidad humana.[5]

Para Carrasco Ruiz, el seguro social es el medio a través del que actúa la seguridad social, es decir, es un sistema que administra la forma en cómo serán otorgadas las prestaciones a la Población Económicamente Activa (PEA) y de los que dependen de esa población; por ello, es importante resaltar que en México las condiciones para acceder al seguro social, no dependen exclusivamente de pertenecer a la PEA, sino de tener trabajo, y que ese trabajo ofrezca las condiciones, o bien ser trabajador autónomo y darse de alta como tal en un sistema de seguridad social. En cualquiera de los supuestos anteriores se debe tener presente que el acceso, al menos en México, a la seguridad social, depende en gran medida de tener un ingreso regular, dejando en estado de indefensión a las personas que por diversos factores no tienen trabajo o en su defecto, son dependientes del derechohabiente pero no están dadas de altas como tal; por ejemplo, si un trabajador de la construcción debidamente asegurado, que vive en concubinato, sufre un accidente de trabajo y pierde la vida, y la concubina, que no estaba dada de alta ante el padrón de la seguridad social del de *cuyus,* no podrá cobrar una pensión *post-mortem* u algún otro beneficio a que tiene derecho, no al menos de forma inmediata, ya que tendrá que hacer valer su derecho mediante un juicio.

[5] CARRASCO RUIZ, Eduardo. *Coordinación de la Ley del Seguro Social,* Editorial Limusa, México, 1972, p. 21.

Lo anterior nos demuestra que el simple hecho de proporcionar solidaria y adecuadamente la seguridad social, impide por sí sola el surgimiento de los riesgos y contingencias de las que hace mención Carrasco Ruiz. La seguridad social sirve para obtener bienestar social, biológico, económico y posiblemente cultural, en pro de la dignidad humana, atendiendo lo establecido en los tratados y convenios internacionales.

Nos queda claro que la obligación de otorgar la seguridad social es del Estado y del patrón, pero de este segundo, nos preguntamos, ¿de dónde viene el recurso financiero para el pago de la cuota destinada a cubrir la seguridad social del trabajador?; evidentemente aquel proviene del esfuerzo del trabajador, el cual sólo es retenido por su patrón para que éste a su vez lleve a cabo el respectivo pago y cumpla con su obligación; luego entonces, el anterior concepto debería referirse a la cuota que es retenida al trabajador por el patrón, porque en caso contrario, existiría un tributo proveniente de la misma fuente de trabajo.

Ahora bien, la seguridad social no sólo se refiere a siniestros, también es conocido como un derecho prestacional en el cual el trabajador tiene derecho al acceso a la salud, vivienda, y estabilidad financiera para sus dependientes económicos, en fin, una serie de prestaciones que van más allá de los siniestros o riesgos de trabajo propiamente dichos, de ahí que es importante hacer alusión a la definición del tratadista José González Gales que se refiere a la seguridad social de la siguiente forma.

La seguridad social emplea los mismos métodos del seguro social, pero su campo de acción es mucho más vasto. La enfermedad, el accidente, la invalidez, la vejez, la muerte, siguen mereciendo su vigilante atención. Pero su vida es y debe ser ante todo y sobre todo salud, trabajo, alegría, cultivo de la inteligencia, convivencia y amor. Y la seguridad social se empeña en llevar, hasta donde sea posible, todo eso en cada hogar.

Por ello, sin descuidar a los enfermos, trata, en primer término de prevenir la enfermedad: antes de fundar orfanatos hospitales y asilos, tiende a dar a los propios padres los medios de sacar a delante a sus hijos, dentro del hogar, haciendo llegar a él, el aseo, la higiene, la abundancia; en suma, las comodidades elementales que contribuyen a mantener la salud física y mental. Y la concesión de subsidios a los

parados que, por supuesto no niega, antepone la obtención de trabajo para todo el mundo".[6]

Muy pertinente resulta la definición del autor argentino, quien propone como concepto una seguridad social desde el punto de vista preventivo, como función primordial de la misma, lo cual actualmente se sustenta con un claro ejemplo de la reforma por la que atravesó el Sistema de Pensiones en Argentina, que evolucionó de un sistema de capitalización administrado por el sector público a principios del siglo XX, a un sistema de reparto y a un sistema mixto de capitalización y de reparto administrados por el gobierno y por el sector privado.[7]

En palabras de Liliana Charles, Coordinadora General de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social de Buenos Aires, Argentina, este esquema tendría como posibles efectos económicos:

a. Aumento en el ahorro y en la acumulación de capital;

b. Mejor vínculo entre las aportaciones y las prestaciones, obteniendo como resultado, reducción en la distorsión en el mercado laboral;

c. Crecimiento del mercado financiero, generando un aumento en la productividad y

d. Aumento o disminución en eficiencia económica ya sea que, para fondear la transición, el gobierno sustituye el impuesto laboral por impuestos generales o aumente el impuesto laboral.

En ese orden de ideas, tenemos como ejemplo que la seguridad social en Argentina desde su concepto hasta su aplicación, es de orden meramente preventivo, sin que ello implique necesariamente una seguridad social universal; no obstante lo anterior, continuaremos con las definiciones de la seguridad social, y decimos que en México la definición legal la contempla el artículo 2º de la Ley del Seguro Social, que dice que "la seguridad social tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar".

---

[6] GONZÁLEZ GALES, José. *Previsión Social. Academia de Ciencias Económicas.* Ediciones Especiales, N° 11, Losada. Buenos Aires, 1964, p. 119.

[7] CHARLES, Liliana, "El Sistema de Seguridad Social de Argentina, su Reforma y los Efectos en el Ahorro Voluntario", en *Revista de Seguridad Social*, Conferencia Interamericana de Seguridad Social, Buenos Aires, 2005. p.8, en el sitio electrónico http://www.ciss.org.mx/pdf/editorial/254/254_02_es.pdf, consultado el 2 de mayo de 2014.

Por todo lo anterior, la seguridad social siempre se ha considerado como un mecanismo protector de los derechos mínimas de los ciudadanos, tales como la salud, vivienda y medios de subsistencia; esa seguridad social estrictamente debe ser proporcionada por el Estado conjuntamente con las aportaciones del patrón y del trabajador.

3. El Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo y su aplicación en el marco normativo de México

Como lo hemos visto, la seguridad social está ligada estrechamente con la relación subordinada del trabajador-patrón, de ahí el concepto de la obligación conjunta del Estado y del patrón para cubrir las necesidades de los trabajadores así como de sus dependientes económicos. Sin embargo, este concepto ha sido superado por las circunstancias a las que nos enfrentamos actualmente, pues si bien es cierto que la PEA genera un ingreso a partir de su esfuerzo físico o mental, también lo es que ese trabajo no necesariamente es subordinado, no excluyéndolos de riesgos de trabajo, vejez, invalidez, embarazo u otras necesidades como la habitación y seguro de desempleo. A estos trabajadores considerados como independientes, también se les debe reconocer el derecho de acceso a la seguridad social brindada por el Estado, lo cual nos lleva a manifestar que de ahí surge el seguro social privado, en el que sólo las personas con capacidad económica de pagarlo accede al mismo, y en México esto se ha ido estableciendo poco a poco; empero, en países como Estados Unidos, este sistema privado es una práctica recurrente.

Por ello decimos que la seguridad social es un instrumento a través del cual el ciudadano asegura su bienestar y el de su familia, ya sea proporcionado por el Estado y las contribuciones de su patrón o satisfecho a través de empresas privadas que son cubiertas por los trabajadores (que no se encuentran en el supuesto de subordinación).

El concepto de seguridad social se transformó en medida de las necesidades que surgieron para dignificar el desarrollo humano en sociedad, por un lado, y por otro, en un futuro este concepto podría ser modificado en cuanto a la responsabilidad que concierne al Estado, por la constante decadencia que enfrenta la seguridad social en México, donde los servicios de seguridad social resultan insuficientes para cumplir con los mínimos principios de la seguridad social, como la universalidad, proporcionalidad, equidad, participación, igualdad, solidaridad, suficiencia y

obligatoriedad, que de acuerdo a estudios realizados por la Organización Internacional del Trabajo en 2012 (OIT), son principios que se describen de la siguiente forma:

1. **Solidaridad**, que se define en cuanto cada cual aporta al sistema de seguridad social según su capacidad contributiva y recibe prestaciones de acuerdo a sus necesidades, lo cual constituye una herramienta indispensable a efectos de cumplir con el objetivo esencial de la seguridad social: la redistribución de la riqueza con justicia social.

2. **Universalidad,** la objetiva, es decir que la seguridad social debe cubrir todas las contingencias (riesgos) a los que está expuesto el hombre que vive en sociedad, y la subjetiva, esto es, que todas las personas deben estar amparadas por la seguridad social, principio que deriva de su naturaleza de Derecho Humano Fundamental.

3. **Participación,** la sociedad debe involucrarse en la administración y dirección de la seguridad social a través de sus organizaciones representativas, y también de su financiamiento.

4. **Igualdad,** igualdad de trato: todo ser humano como tal tiene el derecho a la seguridad social, prohibiéndose toda clase de discriminación en cuanto a raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

5. **Suficiencia o Integridad,** la prestación que se otorgue debe cubrir en forma plena y a tiempo, la contingencia de que se trate con dignidad, oportunidad y eficacia.

6. **Obligatoriedad,** las normas de seguridad son imperativas. El ingreso al sistema no depende de la voluntad del interesado, sin perjuicio de que pueda aceptarse la cobertura optativa y/o voluntaria de acuerdo a ciertas condiciones, y como adecuado complemento de los regímenes obligatorios indispensables.

7. **Unidad,** supone la implementación de un sistema de manera tal, que toda institución estatal, paraestatal o privada, que actúe en el campo de la previsión social deba hacerlo bajo una cierta unidad y/o coordinación para evitar duplicidades e ineficacias en la gestión.

8. **Equidad,** de acuerdo al estudio efectuado por la OIT, éste se considera desde dos puntos de vista: individual y colectiva. La primera supone una equivalencia entre el monto esperado de las prestaciones y el monto esperado de las contribuciones

al financiamiento realizado por el mismo individuo; la equidad colectiva es aquella que se produce cuando la proporción entre las prestaciones y contribuciones esperadas, es la misma para todos los individuos cubiertos.[8]

Los principios mencionados anteriormente guardan estrecha relación con los demás derechos humanos, indispensables para no distinguir entre los mismos y cumplir con el fin de salvaguardar la dignidad humana.

El respeto y cumplimiento de los principios, no depende nada más de los instrumentos internacionales firmados por los países miembros de una organización, en este supuesto, de la Organización Internacional del Trabajo, también depende de la observancia interna a valoración honesta de las necesidades así como carencias que cada país tenga, y una vez identificadas, deberá hacer valer su poder de decisión y acción para cubrir las deficiencias.

Se trata de que el gobierno en turno, preste atención consciente de que existen violaciones a los principios fundamentales de la seguridad social, hecho que provoca inestabilidad económica a la población que no se encuentra cobijada por un seguro social y violación a los derechos de los ya inscritos en uno.

Considerando lo anterior, los principios resultan ser indispensables para el sustento argumentativo de que la seguridad social es un derecho humano por cuanto hace a su importancia para el bienestar tanto de la colectividad como de manera individual del ciudadano.

Si nos detenemos a analizar acerca del contenido de la seguridad social, lo primero que nos viene a la mente es la salud; en efecto, es uno de los principales elementos que conforman esa seguridad, y los conceptos que favorecen ese contenido, se encuentra a la asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedad profesional, prestaciones familiares, de maternidad, de invalidez, de sobrevivientes,[9] y apreciamos que existen nueve prestaciones de seguridad social que deberían cubrir en toda su extensión todos los países miembros de la Organización Internacional del Trabajo.

---

[8] Organización Internacional del Trabajo, *Principios y Normas de la Seguridad Social*, p. 33, en el sitio *http://white.lim.ilo.org/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/proyectos/proyecto_ssos/formacion_distancia/modulo_002/02_unidad02.pdf,* consultado el 10 de marzo de 2014.

[9] *El Convenio sobre la seguridad social* (norma mínima), 1952 (núm. 102), Organización Internacional del Trabajo, documento del 12 de Agosto de 2012, disponible en *http://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/legal-advice/WCMS_222058/lang--es/index.htm,* consultado el 5 de mayo de 2025.

De esta manera, comenzaremos por definir a qué se refiere cada uno de ellos.

En primer lugar, tenemos a la asistencia médica, que como su nombre lo indica, es una prestación a través de la cual el trabajador y su familia se ven beneficiados para recibir la atención médica que requieran. Sin embargo, en un sentido amplio, la definición que la Organización Mundial de la Salud (OMS) da sobre este concepto es la siguiente.

Es opinión general de los miembros del Comité que la sanidad y la medicina social deben tener por objeto el logro y la conservación del más alto grado posible de salud en una colectividad. Por el contrario, la asistencia médica centra su atención en el individuo más que en la colectividad, y en sus métodos y procedimientos dependen en gran parte de las relaciones personales entre el médico y sus colaboradores de una parte y el enfermo de otra. Se ha indicado que la asistencia médica debería ocuparse exclusivamente de los individuos que tienen la necesidad de recibirla, es decir, de los enfermos (…) la asistencia médica no debe consistir solamente en la aplicación de medidas para restablecer la salud del enfermo, por medios terapéuticos y de rehabilitación, sino en la adopción de ciertas disposiciones encaminadas a fomentar la salud, prevenir las enfermedades y descubrir las dolencias asintomáticas.[10]

Las prestaciones por desempleo son las ganancias que obtienen las personas con capacidad y disponibilidad para trabajar, que no han encontrado empleo y que lo están buscando. Según el documento de la OIT sobre seguridad social al respecto señala que:

El Convenio número 102 de la OIT hace hincapié al desempleo total, mientras que el Convenio número 168 prevé que los Estados deberán, por una parte, realizar esfuerzos para extender la protección a la pérdida de ganancias debida al desempleo parcial y a la suspensión o a la reducción de ganancias debidas a una suspensión temporal del trabajo y, por otra parte, prever el pago de indemnizaciones a los trabajadores a tiempo parcial que están efectivamente en busca de un empleo a tiempo completo. Los Estados cuyo sistema de seguridad social lo justifique en razón del

[10] *Informe Técnico N° 176, Función de los Hospitales en la Asistencia Médica Ambulatoria y Domiciliaria. Segundo Informe del Comité de Expertos en Organización de la Asistencia Médica,* Organización Mundial de la Salud, *http://www.ilo.org/secsoc/areas-of-work/legal-advice/WCMS_222058/lang--es/index.htm*, consultado el 23 de abril de 2025.

alcance limitado de éste, podrán acogerse a las excepciones temporales que les permitan demorar la adopción de estas medidas."[11]

Considerando como excepciones la pérdida de trabajo por corto tiempo, así como por tener otro medio de subsistencia que no impida la supervivencia del sujeto, en el caso de México la prestación por desempleo no estuvo vigente hasta el 2015 con la implementación de la Ley del Seguro de Desempleo, cuya aplicación contiene diversas deficiencias, ya que no cumple con los requerimientos de la sociedad mexicana que constantemente se ve afectado por el problema del desempleo así como la inestabilidad en el mismo, que trajo consigo la reforma laboral de 2012, reforma que se caracterizó por brindar mayor privilegio a los empleadores y restar derechos a los trabajadores, tales como estabilidad en el empleo al permitir las subcontrataciones a través de las empresas conocidas como *outsourcings,* las cuales impidieron generar la relación obrero-patronal, provocando como ejemplo el no generar derechos de antigüedad, e inestabilidad en el empleo y por ende el fomento a la no incorporación a los sistemas de seguridad social, lo cual fue reformado mediante Decreto de la Ley Federal del Trabajo, publicado el 23 de abril de 2021, mediante la instauración del Registro de Prestadores de Servicios Especializados u Obras Especializadas, REPSE, cuyo objetivo es prohibir la subcontratación de personal y con ello promover la responsabilidad del empleador hacia sus trabajadores, brindándoles seguridad social entre las otras prestaciones que tiene derecho conforme a la Ley Federal del Trabajo.

En cuanto a las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedad profesional, éstas fueron estatuidas en la Convención sobre las Prestaciones en Caso de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales en Ginebra el ocho de julio de 1964, entrando en vigor el 17 de julio de 1967,[12] y en su artículo 12 esta Convención determina que una vez que una declaración haya sido formulada, deberá comprender por lo menos la asistencia médica general, incluidas las visitas a domicilio, la asistencia por especialistas, prestada en hospitales a personas hospitalizadas o no hospitalizadas, y la asistencia que pueda ser prestada por

---

[11] HUMBLET, Martine, y SILVA, Rosinda, *Normas para el siglo XXI, Seguridad Social*, Organización Internacional del Trabajo, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/publiced_norm/normes/documents/publication/wcms_0880-21.pdf, consultado el día 9 de marzo de 2025.

[12] Normelex, Information System on International Labour Standards, C121, *Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*, 1964 [Cuadro I mod.. en 1980] núm. 121, Organización Internacional del Trabajo, en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C121 consultado el 5 de junio de 2014.

especialistas fuera de los hospitales, el suministro de productos farmacéuticos esenciales recetados por médicos u otros profesionales calificados, la hospitalización cuando fuere necesaria; la asistencia de urgencia, cuando fuere posible, en el lugar del trabajo, a las víctimas de accidentes del trabajo.[13]

4. A manera de conclusión un análisis de las problemáticas entorno a las formas de financiamiento de la seguridad social y una propuesta para la mejora de la universalidad

Como hemos visto, las principios que rigen a la seguridad social tienen por objetivo el generar mayor estabilidad en favor de los derechohabientes o mejor dicho hacia los trabajadores y sus beneficiarios; sin embargo, sigue latente en México que el acceso a la seguridad social dependa de la relación laboral formal (tratándose de la incorporación al régimen obligatorio), o bien del tipo de actividad económica que desempeñe, en términos generales, como empleador con trabajadores a su cargo o como trabajador independiente, todo esto resultaría efectivo si existiera estabilidad en el empleo, empleos formales y a su vez si el pago de la seguridad social no fuese tan costoso.

En términos concretos, existen tres formas de financiamiento en todo el mundo, el primero de ellos es el sistema de reparto, mejor conocido por que la seguridad social se financia con las aportaciones de los trabajadores activos, sistema que México aplicó bajo la Ley del Seguro Social de 1973 y fue modificado con la reforma a dicha ley en 1997, implementando el segundo sistema de financiamiento, conocido como de Capitalización Completa, el cual consiste en el financiamiento a través de las contribuciones del empleador y del trabajador, las cuales son administradas por Administradoras de Fondo de Ahorro para el Retiro AFORES, que son a su vez entidades financieras que reciben dichas aportaciones y las administran de forma individual a través de la inversión de las mismas para generar intereses que harán que el fondo acumulado tenga rendimientos; y finalmente el sistema de financiamiento conocido como Capitalización Parcial, el cual consiste en que parte de los fondos para cubrir los seguros que integran a la seguridad social, será en cuentas individuales de

[13] *Ibídem.*

los trabajadores y otra parte se financiará a través de cotizaciones, aportaciones gubernamentales o recursos fiscales.

Por lo anterior, es necesario puntualizar que se requiere un cambio de esquema contributivo para el financiamiento de la seguridad social como la conocemos ahora, es decir, unicamente para efectos del financiamiento, debe separarse del catalogo de prestaciones de seguridad social, el seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, ya que dicho seguro que no depende de forma directa de la condición de empleo o mejor dicho que no guarda una relación estrecha, ya que este seguro solo es requerido y otorgado a los trabajadores, cuando precisamente se encuentran en la etapa en la que ya han adquirido el derecho de no continuar trabajando, en México, a partir de los 60 años para adquirir una pensión por cesantía en edad avanzada; por cierto cabe resaltar que la obtención de este tipo de retiro a partir de los 60 años será con un porcentaje del 75% del total de la pensión que le correspondería a los 65 años de edad con la pensión por vejez; sin embargo, ese porcentaje se incrementará paulatinamente 61 años igual al 80%, 62 años igual al 85%, 63 años igual al 90%, 64 años igual al 95% y finalmente obteniendo el 100% a los 65 años.

Debido a que el seguro de cesantía en edad avanzada y/o vejez es el único dentro del catálogo de seguros, que requiere de tiempo de cotización, es decir, a mayor tiempo de aportaciones, mayor será el beneficio económico para el derechohabiente al momento de su retiro, en cambio el resto de seguros, cobran mayor relevancia cuando se encuentra la persona trabajadora con un empleo.

Por ello la propuesta consiste en primer lugar en desvincular únicamente el seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, del régimen obligatorio de la seguridad social para los efectos de financiamiento, y trasladar el sistema de financiamiento del de capitalización completa a capitalización parcial, pero en tomando en cuenta una partida de los impuestos, concretamente del Impuesto al Valor Agregado, para que un porcentaje sea destinado a una cuenta individual que sea creada a partir del primer año de nacimiento de una persona Méxicana, permitiéndole, llegando el momento, que haga aportaciones voluntarias para dicho ahorro, de tal forma que no se condiciona la aportación del Estado para cumplir con su obligación, y no depende en absoluto la misma del estatus laboral de la persona. Es momento de actuar de distinta manera, de ampliar los horizontes hacia nuevas posibilidades, dejando atrás los viejos esquemas de financiamiento, que son ineficaces en un Estado en el que la precarización laboral está latente, en el que la informalidad y el desempleo

es una constante y en el mejor de los casos, el trabajo independiente o autoempleo, el cual no siempre representa estabilidad, necesitamos cambiar de forma de financiar y hacer partícipe activo al Estado y no al patrón, como se ha dejado ver en la última reforma a la Ley del Seguro Social de 2023, el patrón si es responsable, pero no debe ser quien aporte toda la carga financiera que implica sostener el ahorro para el retiro, ya que lo único que se logra con dicha reforma, es que el patrón decida no dar de alta a todos sus trabajadores, en cambio sí se llevará a cabo la idea que planteo en el presente trabajo, el estado cumpliria con la obligación de protección social a través de la seguridad social y bajo los principios que de la misma marcan la pauta de cobertura universal que es el principal objetivo del Gobierno en turno.

5. Fuentes de información

Bibliográfica:

1. DE LA CUEVA, Mario., 2006. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, 14ª. ed., Porrúa.
2. GUERRERO, Euquerio., 1984. Manual de Derecho del Trabajo, 14ª. ed., Porrúa.
3. GOMEZ, Orlando., GOTTSCHALK, Elson.,BERMUDEZ CISNEROS., Miguel., 1979., Curso de Derecho del Trabajo., 1ra. Ed. Editorial Cárdenas.
4. BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago, Derecho del Trabajo., UNAM.

Legislación:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley Federal del Trabajo. 2025

Ley del Seguro Social 2025

Digitales:

1. Informe sobre el Diálogo Social 2024: El Diálogo Social en el más alto nivel para el desarrollo económico y el progreso social, disponible en: https://www.ilo.org/es/publications/flagship-reports/informe-sobre-el-dialogo-social-2 024-el-dialogo-social-en-el-mas-alto-nivel

2. Informe Mundial sobre la Protección Social 2024-2026; Protección social universal para la acción climática y una transición justa, disponible en: https://www.ilo.org/es/node/664696

3. Organización Internacional del Trabajo, Convenio número 102, disponible en: http://tfca.gob.mx/work/models/TFCA/Resource/493/1/images/convenio102OIT.pdf

4. Plataforma Digital del Instituto Mexicano del Seguro Social, disponible en: https://imss.gob.mx/derechoH/cedula-digital-salud.

A PROTEÇÃO DA EVENTUALIDADE DA DEPENDÊNCIA E O IMPACTO DA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA SOBRE A PROTEÇÃO SOCIAL DOS TRABALHADORES DE SERVIÇO DOMÉSTICO

Mário Silveiro de Barros[14]

***Resumo**: Portugal é um dos países da União Europeia com a população mais envelhecida e consequentemente com uma grande exposição ao risco social da dependência, convivendo atualmente, duas gerações de idosos, ou seja, a terceira e quarta idades. A necessidade de criação de um sistema estruturado de proteção social da dependência, que constitui a contingência da Segurança Social do século XXI, não tem sido uma prioridade do legislador e constitui, na verdade, uma ilusão de proteção. Esta conclusão é confirmada, desde logo, pelo facto de a legislação estrutural de proteção social dessa contingência, aprovada em 1999, constituir uma mera reformulação do anteriormente vigente «subsídio por assistência de uma terceira pessoa», além de não se mostrar devidamente enquadrada no pilar previdencial de Segurança Social e em conformidade com o Direito da União Europeia. Com este pano de fundo analisa-se a ausência de uma regulamentação jurídica específica dos cuidadores profissionais que se dedicam a cuidar dos idosos dependentes. Partindo da constatação que a atividade dos cuidadores profissionais ou formais está confiada aos trabalhadores de serviço doméstico, analisa-se a recente jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre as eventualidades de velhice e desemprego, e sobre a proteção laboral de tempos de trabalho destes trabalhadores cuidadores.*

***Sumário**: 1. Introdução. 2. A aparência de regime jurídico de proteção da eventualidade da dependência. 3. A prestação de cuidados profissionais aos dependentes e a proteção social dos trabalhadores de serviço doméstico. 4. Conclusões. 5. Bibliografia citada*.

1. INTRODUÇÃO

1. O envelhecimento da população e a perda de autonomia das pessoas idosas não é um problema exclusivo de Portugal, no entanto, somos um dos países da União Europeia com a população mais envelhecida. Na verdade, as pessoas idosas – ou seja, com 65 ou mais anos – representam cerca de 22,3% da população, que corresponde a

[14] Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona - Centro Universitário de Lisboa.
Ciência ID: 301A-1904-A842. ORCID: 0000-0002-5526-1553.

2,2 milhões de idosos e quase um quarto da população residente neste país. Paralelamente, somos um dos países com a percentagem mais alta de pessoas com 65 ou mais anos por comparação com a população ativa[15], o que determina que coexistam, na sociedade atual, pelo menos duas gerações de idosos. Ou seja, como é evidente para todos nós, convivem na sociedade atual as denominadas terceira idade e quarta idade, sendo estes últimos aqueles idosos com mais de 80 ou 90 anos, os bisavós das nossas estruturas familiares. Esse processo de envelhecimento demográfico começou há várias décadas, mas não obstante este longo percurso de tempo, o legislador não se sentiu motivado para tomar medidas efetivas para resposta a tal risco social da perda de autonomia ou dependência[16], que constitui uma das contingências ou eventualidade da Segurança Social do século XXI e que justificaria a criação de uma proteção social efetiva dos idosos carecidos de autonomia. Paralelamente verifica-se que a prestação de cuidados profissionais a idosos, que poderíamos denominar de cuidadores formais ou cuidadores profissionais, em Portugal não está igualmente regulada em termos efetivos, encontrando-se confiada à atividade dos trabalhadores de serviço doméstico, designadamente, às trabalhadoras de serviço doméstico que representam cerca de 99% do total de trabalhadores deste sector de trabalho para os agregados familiares[17]. Este grupo profissional mereceu uma atenção recente do Tribunal de Justiça da União Europeia, ao analisar, em sede de reenvio prejudicial, a proteção de Segurança Social e laboral que protege estas trabalhadoras domésticas, em sede de proteção na velhice, no desemprego e registos de tempo de trabalho, o que tem um impacto direto na proteção da eventualidade de dependência, que é o objeto central deste estudo.

---

[15] Segundo os dados estatísticos disponíveis no sitio oficial do Instituto Nacional de Estatística, resulta que o número de idosos com 65 ou mais anos, passará de 2,2 milhões em 2018, para projetados 3 milhões em 2080 e que o índice de envelhecimento em Portugal quase duplicará, passando de 159 em 2018, para 300 idosos, por cada 100 jovens em 2080, dados que podem consultar-se em https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=406534255&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt

[16] Nesta reflexão crítica não desconhecemos que foram dados passos recentes, ao regular-se pela Lei n.º 100/2019, de 6 de setembro, a proteção conferida pelo sistema de segurança social aos cuidadores informais, tema que não será objeto de análise neste estudo. Sobre o regime de proteção social dos cuidadores informais, veja-se, CARDOSO ROCHA, Luis, «A criação do estatuto do cuidador informal», *Revista da Ordem dos Advogados*, 2019, n.º 3-4, pp. 459-470; SILVEIRO DE BARROS, Mário, «La protección frente a los riesgos profesionales de los cuidadores de dependientes en Portugal», *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenária*, ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (Coord.), Murcia, Laborum, 2020, pp. 409 e ss.

[17] De acordo com os dados estatísticos disponíveis, no ano de 2008 em Portugal, existiam 175.000 trabalhadores de serviço doméstico, sendo as mulheres o grupo mais representado com 173.400 trabalhadoras de serviço doméstico, cfr. TRINDADE, Carlos e PEDROSO, Paulo (Coordenadores), *Livro Branco Trabalho Doméstico Digno*, Lisboa, STAD, 2024, pp. 54 e ss.

2. A APARÊNCIA DE REGIME JURÍDICO DE PROTEÇÃO DA EVENTUALIDADE DA DEPENDÊNCIA

2. A norma base para proteção contra o risco social da dependência, que também foi a primeira legislação de segurança social portuguesa que se referiu de forma expressa e formal à «proteção da dependência», enquanto risco social protegido pela segurança social, foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 265/99, de 14 de julho, que permanece vigente e que afirmava expressamente ter por objetivo «definir e regular a proteção social das situações de dependência»[18]. Essa preocupação do Governo, no último ano do século XX, em proteger os idosos contra as situações de perda de autonomia, formalmente, aparentava ser um avanço e uma inovação do Governo em prever uma proteção especial para os idosos, quando na Europa se davam os primeiros passos na proteção desta contingência. Na verdade, à data da aprovação desse Decreto-Lei n.º 265/99 tinham decorrido apenas quatro anos depois da primeira norma alemã[19] sobre a dependência e apenas dois anos desde a legislação francesa sobre tal contingência[20]. No entanto, apesar de apresentada como uma medida social inovadora, esse sistema português de proteção da dependência, constitui um verdadeiro *tromp-l'oeil* ou uma ilusão de um novo regime de proteção. Essa ilusão de um novo regime de proteção, na verdade, constituía uma nova roupagem da prestação por incapacidade então vigente, denominado «subsídio por assistência de uma terceira pessoa», ou complemento por grande invalidez. Com efeito, essa nova denominação daquela

[18] Artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 265/99.

[19] Sobre o sistema alemão de proteção da dependência analisando o mesmo numa perspetiva comparativa, veja-se a seguinte doutrina científica que seguimos de perto, MARTÍNEZ GIRÓN, Jesus, «La sostenibilidad del modelo español actual de protección social por dependencia. Un estudio crítico-comparativo con la sostenibilidad del modelo alemán», *Revista de Derecho Social*, 2015, n.º 72, pp. 59-79; MARTÍNEZ GIRÓN, Jesus, «El sistema de protección social de las personas dependientes en Alemania», *Revista Derecho social y Empresa*, 2017, n.º 8, pp. 40-64; ARUFE VARELA, Alberto, «El régimen jurídico de los cuidadores profesionales de dependientes en la legislación federal complementaria del Código Federal Alemán de Seguridad Social», *Público y privado en el Sistema de Seguridad Social*, ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (Coord.), Murcia, Laborum, 2013, pp. 655-659; ARUFE VARELA, Alberto, «Las modificaciones en 2016 del Libro regulador del Seguro Social de Dependencia, del Código alemán de Seguridad Social», em A. VICENTE PALACIO (Coord.), *Estudios sobre Seguridad Social: libro homenaje al Profesor José Ignacio Garcia Ninet*, Barcelona, Atelier, 2017, pp. 115-124; ARUFE VARELA, Alberto, *El Seguro Social de dependencia en Alemania: un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, Barcelona, Atelier, 2019.

[20] Sobre o sistema francês de proteção da dependência, veja-se o estudo de MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, «Más razones de derecho comparado para una reforma urgente del modelo español de protección social por dependencia: Acerca de la nueva ley francesa de adaptación de la sociedad al envejecimiento», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2016, n.º 44, pp. 1 e ss.

prestação de incapacidade está confessada pelo legislador quando afirma naquele diploma que «consideram-se convertidos em complemento por dependência, a partir da data do início da vigência do presente diploma, os subsídios por assistência a terceira pessoa atribuídos a pensionistas ao abrigo da anterior legislação»[21] e ainda, porque esse mesmo decreto-lei procedia à revogação de diversos diplomas promulgados em 1980, 1990 e 1993, que regulavam o referido subsídio por grande incapacidade, ou grande invalidez[22].

3. O sistema normativo de proteção contra o risco social da dependência continua a ter o seu enquadramento legal base no referido Decreto-Lei n.º 265/99, composto por apenas trinta e seis artigos que regulam, entre outros, a definição dos beneficiários, os graus de dependência, as condições e requisitos para atribuição da prestação de dependência, a duração e montantes da referida prestação e os aspetos processuais e organizativos de concessão dessa prestação[23]. Este diploma é complementado por um conjunto diversificado de normas, não organizadas sobre uma forma sistemática ou codificada, que regulam a atribuição de prestações em espécie[24] e o regime dos cuidadores informais[25], permitindo caraterizar todo este regime normativo, como um sistema complexo e relativamente caótico – cientificamente falando – assente em normas aprovadas em momentos distintos. Este sistema contrasta, numa perspetiva jus

[21] Cfr. artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 265/99, com a epígrafe «conversão do subsídio por assistência de terceira pessoa». Sobre esta nova denominação ou roupagem do subsídio de incapacidade veja-se SILVEIRO DE BARROS, Mário, «La protección social por dependencia en Portugal – Un estudio de derecho comparado, comunitario europeo e internacional», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2017, n.º 12, pp. 203-222; SILVEIRO DE BARROS, Mário, «La protección de Seguridad Social de las personas mayores en Portugal. El sistema de protección de la dependencia», em SALVADOR PERÁN QUESADA e FRANCISCO VILA TIERNO (Dir), *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el Siglo XXI – Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2022, pp. 659-682.

[22] Veja-se o artigo 34.º do referido Decreto-Lei n.º 265/99, que estabelece, de forma expressa, que esse diploma revoga as normas do Decreto-Lei n.º 160/80, Decreto-Lei n.º 322/90 e Decreto-Lei nº 329/93, de 25 de setembro, que regulavam diversos aspetos da prestação por assistência de terceira pessoa.

[23] Sobre a proteção da eventualidade de dependência, veja-se SILVEIRO DE BARROS, Mário, *Direito da Segurança Social*, Coimbra, Almedina, 2024, pp. 125 e ss.

[24] Sobre o regime jurídico das prestações em espécie ou de serviços, veja-se a proteção aprovada pelo Decreto-Lei n.º 101/2006, de 6 de junho, que criou a «Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados, no âmbito dos Ministérios da Saúde e do Trabalho e da Solidariedade Social», tendo como objetivo geral «a prestação de cuidados continuados integrados a pessoas que, independentemente da idade, se encontrem em situação de dependência» (cfr. artigo 4.º).

[25] Veja-se a Lei n.º 100/2019, de 6 de setembro, que veio regular a proteção conferida pelo sistema de segurança social aos cuidadores informais, procedendo à aprovação do «Estatuto do Cuidador Informal, que regula os direitos e os deveres do cuidador e da pessoa cuidada, estabelecendo as respetivas medidas de apoio» (artigo 1.º), regulamentando a proteção conferida aos cuidadores amistosos ou benevolentes, a maior parte das vezes filhos dos dependentes – mas por certo, na grande maioria dos casos, filhas dos idosos – que assumem a obrigação de cuidar e acompanhar estes dependentes.

comparativa, com a preocupação do sistema legislativo de segurança social alemão, no qual o direito de acesso a prestação por dependência foi muito cedo regulado pelo legislador germânico, com a promulgação da Lei para o Seguro Social do Risco de Dependência de 26 de maio de 1994 [*Gesetz zur sozialen Absicherung des Risikos des Pflegebedürftigkeit*], lei que veio promulgar o Livro XI do Código de Segurança Social[26], correspondente ao que a doutrina denomina Quinto Pilar [*fünfte Säule*] da Segurança Social contributiva Alemã. Trata-se de um Livro do referido Código de Segurança Social, livro este composto por cerca de cento e oitenta e cinco artigos sobre a proteção da dependência, organizados sistematicamente, que regulam todo o regime de proteção deste risco social. Dessa forma, um dos desafios futuros da segurança social moderna será a criação de um código de segurança social e a criação de uma regulamentação sistemática da proteção da contingência da dependência, que ainda hoje continua por ser feita em Portugal.

4. A figura central de todo o regime de proteção dos idosos através do sistema de dependência são, como não poderia deixar de ser, os «dependentes», definidos, de forma genérica na legislação sobre a prestação de dependência, como «os indivíduos que não possam praticar com autonomia os atos indispensáveis à satisfação das necessidades básicas da vida quotidiana, carecendo da assistência de outrem» entendendo-se por estas necessidades básicas, entre outras, a «realização dos serviços domésticos, a locomoção e cuidados de higiene»[27], não se exigindo um período temporal mínimo de perda de autonomia. Esta definição de dependente, da primeira legislação sobre a dependência, colocava o assento tónico na perda de autonomia do dependente para satisfazer as «necessidades básicas» de qualquer ser humano, sem qualquer referência expressa e formal aos idosos, mas tendo subjacente que o dependente era quase sempre um pensionista de velhice, ou de invalidez, ou seja, quase

[26] Com uma análise e comentário ao referido Livro XI do Código de Segurança Social alemão, com tradução do mesmo para castelhano, veja-se ARUFE VARELA, Alberto, *El Seguro Social de dependencia en Alemania: un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, ob.cit., pp. 13-127.

[27] Definição constante do artigo 3.º nº 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 265/99. Este conceito de dependente veio a evoluir, timidamente, com a aprovação do Decreto-Lei n.º 101/2006 que aprovou a criação da Rede de Cuidados Continuados, anteriormente citado, transportando o elemento decisivo do conceito de dependência para as causas da perda de autonomia, passando a definir-se a dependência, como «a situação em que se encontra a pessoa que, por falta ou perda de autonomia física, psíquica ou intelectual, resultante ou agravada por doença crónica, demência orgânica, sequelas pós-traumáticas, deficiência, doença severa e ou incurável em fase avançada, ausência ou escassez de apoio familiar ou de outra natureza, não consegue, por si só, realizar as atividades da vida diária» (cfr. artigo 3.º alínea h) do Decreto-Lei n.º 101/2006), não se produzindo uma harmonização de tais conceitos legais de dependência existentes nos dois diplomas.

sempre um idoso, pois afirma-se na norma sobre o âmbito pessoal que são abrangidos por esse diploma, entre outros pensionistas, os «pensionistas de invalidez, velhice e sobrevivência do regime geral de segurança social»[28]. De acordo com a legislação, os graus de dependência são apenas dois e definidos de forma genérica, sendo o 1.º grau o correspondente à definição geral de dependente[29] e o 2.º grau, correspondente aos dependentes que acumulem a situação de encontrarem-se «acamados ou apresentem quadros de demência grave»[30]. É verdadeiramente surpreendente que os graus de dependência sejam apenas dois[31] e que esta legislação que aprova a definição e graus de dependência tenha caído no esquecimento do legislador de segurança social. Na verdade, à data da aprovação do referido Decreto-Lei n.º 265/99 o legislador previa vir a rever tais graduações da situação de dependência, no prazo de um ano após a vigência do referido diploma, através da avaliação das graduações das situações de dependência, podendo vir a prever-se graus intermédios[32], no entanto, até à presente data, volvidos mais de vinte e cinco anos de aplicação de tal diploma, o legislador não cuidou de criar outras graduações ou graus de dependência, nem uma concretização e detalhe da determinação dos graus de dependência[33].

---

[28] Sobre o âmbito pessoal, veja-se artigo 2.º n.º 1 alínea a) do referido Decreto-Lei n.º 265/99.

[29] Cfr. Sobre o 1.º grau de dependência, veja-se a definição constante do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 265/99, que define os dependentes de 1.º grau de dependência, como os «indivíduos que não possam praticar, com autonomia, os atos indispensáveis à satisfação de necessidades básicas da vida quotidiana, designadamente atos relativos à alimentação ou locomoção ou cuidados de higiene pessoal».

[30] Quanto ao 2.º grau de dependência, o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 265/99 define os dependentes de 2.º grau de dependência, como os «indivíduos que acumulem as situações de dependência que caraterizam o 1.º grau e se encontrem acamados ou apresentem quadros de demência grave».

[31] O que, numa perspetiva jus comparativa, não tem paralelo com os sistemas jurídicos de segurança social que nos são mais próximos, citando-se, a título de exemplo, os cinco graus de dependência no sistema alemão, seis graus no sistema francês e três graus no sistema espanhol. Pela relevância comparativa, recomenda-se a análise do sistema de determinação de dependência e graus de dependência do sistema alemão, comentado em ARUFE VARELA, Alberto, *El Seguro Social de dependencia en Alemania: un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, ob.cit., pp. 53-60.

[32] Neste sentido, de forma expressa, veja-se o artigo 4.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 265/99. Na determinação da existência da dependência e graus de dependência – que como vimos são apenas dois graus – permanece a ideia errónea que a dependência é apenas um grau elevado de incapacidade física médica, esquecendo-se que a dependência pode corresponder também, em especial nos idosos, a perdas de autonomia a cuidar de si próprio, na organização da vida quotidiana e de relações sociais (ou seja, como exemplos, ajudas para lavar-se, vestir-se, comer, beber, organização de refeições, entretenimento, contactos com outras pessoas, ou mesmo, ajudas no quotidiano digital e de serviços on-line que abundam na sociedade atual), que não dependem de uma análise pericial médica.

[33] Verifica-se um grau de discricionariedade na qualificação e determinação do grau de dependência, que resulta da omissão, no diploma sobre o regime da dependência, de qualquer metodologia que intérprete comum permitisse compreender, e ainda, no facto de se considerar que essa avaliação constitui sempre e só uma perícia médica de avaliação de incapacidade. Na verdade, esquecendo-se que um dependente pode ser qualificado como tal e determinado o seu grau de perda de autonomia tendo por referência parâmetros ou critérios de dependência, assentes em graus de mobilidade, capacidades cognitivas, capacidade de cuidar-se a si próprio, capacidade de organizar a vida quotidiana, o legislador

5. A proteção dos dependentes, através da atribuição de prestações pecuniárias ou económicas, é concedida através de uma prestação denominada «complemento por dependência», legalmente considerada como uma «prestação pecuniária, de concessão continuada»[34] para proteção da referida eventualidade, a qual tem um âmbito de aplicação muito reduzido, o que demonstra que não tem qualquer conexão com um sistema moderno de proteção aos dependentes. Em primeiro lugar, porque o âmbito subjetivo de beneficiários é restringido a um pequeno grupo de dependentes, como o confirma os apertados requisitos ou condições de atribuição de tal prestação, que além da certificação da situação de dependência apenas é conferida a quem seja pensionista de invalidez, velhice ou sobrevivência do sistema de segurança social, ou não sendo ainda pensionista, tenha a qualidade de beneficiário dependente do sistema de segurança social «portador de doença suscetível de originar invalidez … desde que se encontre em situação de dependência»[35], ou seja, um beneficiário dependente incapacitado temporariamente em processo de convolação em incapacidade permanente. Neste âmbito subjetivo, o legislador de segurança social deu um grande passo no último dia do ano de 2018, ao revogar o requisito ou condição para atribuição desta prestação por dependência, que o pensionista não recebesse pensão de valor superior a seiscentos euros, que anteriormente limitava tal prestação apenas aos idosos dependentes e economicamente desfavorecidos[36]. Em segundo lugar, e mais importante, a restrição do âmbito de aplicação desta prestação económica é também material ou económica, como o confirma o facto de o montante desta prestação ser determinado pela aplicação de uma percentagem, de acordo com os graus de dependência, ao valor legalmente fixado para as pensões não contributivas, estabelecendo-se que «os montantes da prestação são indexados ao valor legalmente fixado para a pensão social de invalidez e velhice do regime não contributivo e variam, escalonados de acordo com o grau de dependência» entre 50% do montante da pensão social para situação de dependência do 1.º grau, e 90% do mesmo valor, para situação de dependência do 2.º grau[37], cabendo referir que, no presente ano de 2025, esse

limitou-se a remeter a determinação da dependência e do grau de dependência para o procedimento comum de avaliações de incapacidades temporárias e permanentes, previsto no denominado «sistema de verificação de incapacidades», regulado no Decreto-Lei n.º 360/97, de 17 de dezembro.

[34] Artigo 1.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 265/99.

[35] Artigo 2.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 265/99; sobre o âmbito subjetivo da atribuição do complemento de dependência, deverá ver-se ainda o artigo 2.º n.º 1 e artigo 6.º do mesmo Decreto-Lei n.º 265/99.

[36] Esse requisito ou condição para a atribuição desta prestação por dependência, estava previsto no artigo 6.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 265/99, revogado expressamente pela Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro.

[37] Cfr. Artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 265/99.

complemento varia entre € 127,63 e € 229,73 mensais, de acordo com o grau de dependência. Por fim, em terceiro lugar, o afastamento desta prestação económica face aos sistemas modernos de proteção é ainda evidente pelo facto de esta prestação exigir, como condição de atribuição da mesma, que o beneficiário dependente esteja a receber assistência de uma pessoa que a lei quase sempre pressupõe seja um familiar ou amigo do beneficiário – quase sempre um filho ou filha do dependente que compatibiliza essa prestação de cuidados com a atividade profissional e familiar – não se exigindo qualquer formação, especialização ou profissionalização do prestador da assistência, afirmando-se unicamente que a assistência «pode ser assegurada através da participação sucessiva e conjugada de várias pessoas» desde que essa pessoa assistente «se não encontre carecida de autonomia para a realização dos atos básicos da vida diária, incluindo os familiares do titular da prestação»[38], ou de um «estabelecimento de apoio social oficial ou particular com ou sem fins lucrativos»[39].

6. Esta prestação económica assume uma natureza puramente assistencial e não contributiva, quer no seu enquadramento no sistema de segurança social português, como no financiamento destas prestações, justificando-se uma revisão do enquadramento sistémico da proteção desta eventualidade, pois a mesma não se mostra conforme com o artigo 34.º n.º 1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que reconhece a proteção da dependência como uma das prestações contributivas de Segurança Social protegida pelo Direito da União Europeia[40]. Na verdade, a Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro, que «aprova as bases gerais do sistema de segurança social», tem apenas quatro episódicas referências à dependência, todas integradas no subsistema de proteção familiar do denominado «sistema de proteção de cidadania», que corresponde ao pilar assistencial ou não contributivo da segurança social[41]. Confirmando essa natureza assistencial desta proteção dos dependentes,

[38] Artigo 5.º n.º 1 e 2 do Decreto-Lei nº 265/99.
[39] Artigo 5.º n.º 3 do Decreto-Lei nº 265/99, sendo que a pessoa que presta assistência terá de estar identificada, devendo ponderar-se que, segundo a previsão do artigo 7.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 265/99, «nos casos em que o titular da prestação beneficie de assistência prestada em estabelecimento de apoio social, oficial ou particular sem fins lucrativos, cujo funcionamento seja financiado pelo Estado ou por outras pessoas coletivas de Direito público ou de Direito privado e utilidade pública, o montante do complemento por dependência é o do 1.º escalão», ou seja, a prestação é reduzida para o montante correspondente a 50% do montante da pensão social que corresponde a € 127,63.
[40] Com efeito, é importante recordar que o artigo 34.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia reconhece o direito fundamental de acesso às prestações de segurança social, distinguindo a proteção contributiva no nº 1 de tal norma, da proteção assistencial, reconhecida no n.º 3 da mesma previsão da Carta.
[41] Cfr. Artigos 26.º, 29.º, 46.º e 48.º da Lei de Bases do Sistema de Segurança Social, aprovado pela Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro.

verificamos que o âmbito material da ação protetora do segundo pilar, ou «sistema previdencial», elencando no artigo 52.º da Lei de Bases Gerais, permite constatar que a dependência não constitui uma das contingências, ou eventualidades protegidas, razão pela qual, o direito à prestação por dependência não exige qualquer contribuição dos beneficiários, períodos de contribuição prévios, sujeitos obrigados a contribuir para tal contingência, e as taxas contributivas não incluem esta proteção da dependência como uma das eventualidades protegidas, em desconformidade com o Direito da União Europeia. Este sistema não contributivo de proteção de dependência contrasta de forma direta, numa análise comparativa, com o sistema de seguro de risco de dependência germânico, de natureza contributiva, constante do Livro XI do Código de Segurança Social, a que acima fizemos referência. Trata-se de uma lei verdadeiramente inovadora, protetora e criadora de um modelo sustentável[42] de proteção social dos dependentes, o que afirmamos pelas seguintes razões, que caraterizam, de forma distintiva esta lei: 1) em primeiro lugar, estabelece uma proteção social com caráter contributivo, prevendo-se que os recursos do seguro de dependência serão financiados primordialmente através de contribuições profissionais [*durch Beiträge*][43]; 2) em segundo lugar, a contribuição por dependência é quase universal, visto que contribuem para esse seguro não apenas os beneficiários ativos vinculados por uma relação laboral[44], mas também os beneficiários passivos, entre os quais se encontram os pensionistas[45] e os beneficiários de prestação de desemprego e prestação

[42] Caraterizando esse sistema de proteção social da dependência, como um modelo sustentável de proteção social, numa análise comparativa com o modelo espanhol, veja-se MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, «La sostenibilidad del modelo español actual de protección social por dependência. Un estudio crítico-comparativo con la sostenibilidad del modelo alemán», ob. cit., pp. 59 e ss; e ainda, ARUFE VARELA, Alberto, «Las modificaciones en 2016 del libro regulador del seguro social de dependencia, del Código Alemán de Seguridad Social», ob. cit., pp. 120.

[43] Cfr. parágrafo 54, n.º 1, do Livro XI; note-se que atualmente a contribuição cifra-se em 3,05% sobre a base de incidência, para a qual contribuem, entre outros, trabalhadores e empregadores; demonstrando o carácter inovador de tal sistema de proteção germânico, merece uma referência importante a decisão do Tribunal Federal Constitucional alemão [Bundesverfassungsgericht] de 3 de abril de 2001, que reconheceu a desigualdade e discriminação subjacente ao facto de o referido sistema de seguro de dependência não distinguir os contribuintes, consoante, tivessem, ou não, filhos, pois pressupõe-se que aqueles que não tenham filhos dependerão muito mais do sistema. Essa decisão justificou uma alteração do referido Livro XI, estabelecendo-se um complemento de contribuição de 0,25% para os maiores de 23 anos que não têm filhos, no parágrafo 55, n.º. 3 do Livro XI; analisando a referida decisão do Tribunal Federal Constitucional alemão, e a respetiva declaração de inconstitucionalidade das versões originais dos parágrafos 54, 55 e 57 do referido Livro XI, veja-se ARUFE VARELA, Alberto, *El Seguro Social de dependencia en Alemania: un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, ob.cit., pp. 45 e ss.

[44] Cfr. parágrafo 58, n.º 1 do Livro XI; neste caso, o empregador e trabalhador contribuem em partes iguais.

[45] Cfr. parágrafo 59, n.º 1 do Livro XI; neste caso, os reformados suportam integralmente as contribuições devidas.

social de desemprego[46]; 3) em terceiro lugar, estabelece uma regulamentação detalhada do sistema de copagamento ou comparticipação [*Zuzahlung*] pelo beneficiário[47].

3. A PRESTAÇÃO DE CUIDADOS PROFISSIONAIS AOS DEPENDENTES E A PROTEÇÃO SOCIAL DOS TRABALHADORES DE SERVIÇO DOMÉSTICO

7. No âmbito da prestação de cuidados a idosos dependentes, a preocupação do legislador de segurança social português concentrou-se, pelo menos até aos dias de hoje e de forma parcial, apenas na proteção dos cuidadores amistosos ou benevolentes, denominados de «Cuidadores informais»[48], quase sempre os filhos, ou melhor, as filhas da pessoa dependente. Mas em muitos casos, a prestação de cuidados não pode ser prestada por familiares do idoso dependente, tendo de recorrer-se a cuidadores profissionais, os quais não estão profissionalizados ou exercem uma profissão regulada como tal, ou seja, como cuidadores de dependentes. Na verdade, a preocupação do legislador de Segurança Social com os cuidadores profissionais reduziu-se à regulação tópica e meramente programática dos prestadores de cuidados no âmbito da Rede de Cuidados Continuados Integrados, afirmando-se num único artigo intitulado «recursos humanos» que «a política de recursos humanos para as unidades e equipas da Rede rege-se por padrões de qualidade, consubstanciada através da formação inicial e contínua» e que «a prestação de cuidados nas unidades e equipas da Rede é garantida

---

[46] Cfr. parágrafo 251 do Livro V; neste caso, a contribuição é suportada pela entidade gestora da prestação de desemprego e a Federação Alemã, respetivamente.

[47] Cfr. Capítulos VII e VIII do Livro XI.

[48] Cfr o Estatuto do Cuidador Informal, aprovado através da Lei n.º 100/2019, de 6 de setembro, que «regula dos direitos e dos deveres do cuidador e da pessoa cuidada, estabelecendo as respetivas medidas de apoio» e ainda, a alteração ao Código do Trabalho, implementada pela Agenda do Trabalho Digno, operada pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, que entre outros, introduziu o regime de proteção laboral do trabalhador cuidador, nos artigos 101.º-A a 101.º-H do Código do Trabalho. Sobre o Cuidador informal veja-se, veja-se VASCONCELOS, Joana, «Sobre o estatuto do trabalhador cuidador no Direito do trabalho português», *Revista de Direito e de Estudos Sociais,* 2023, n.º 1-4 (jan. Dez), pp. 107 e ss.; ABRUNHOSA E SOUSA, Duarte, «Breve introdução ao regime laboral do trabalhador cuidador informal», em PALMA RAMALHO, Maria do Rosário (Coord), *Reforma da legislação laboral: trabalho digno: conciliação entre a vida profissional e familiar,* Lisboa, AAFDL, 2023, pp. 305 e ss.; VIEIRA BORGES, Isabel, «Conciliação trabalho/família e trabalhador cuidador na reforma da legislação laboral no âmbito da Agenda do Trabalho Digno», em PALMA RAMALHO, Maria do Rosário (Coord), *Reforma da legislação laboral: trabalho digno: conciliação entre a vida profissional e familiar,* Lisboa, AAFDL, 2023, pp. 237 e ss; e NUNES VICENTE, Joana, «A Directiva (UE) 2019/1158 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Junho de 2019, relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores e o seu impacto no ordenamento jurídico nacional», em PALMA RAMALHO, Maria do Rosário (Coord), *Reforma da legislação laboral: trabalho digno: conciliação entre a vida profissional e familiar,* Lisboa, AAFDL, 2023, pp. 217 e ss;

por equipas multidisciplinares»[49]. No entanto, esses serviços profissionais prestados pelas equipas de cuidados continuados integrados, caraterizada como «equipa multidisciplinar da responsabilidade dos cuidados de saúde primários e das entidades de apoio social para a prestação de serviços domiciliários»[50] que prestam, entre outros serviços, cuidados domiciliários de enfermagem e médicos, cuidados de fisioterapia, apoio psicossocial e ocupacional, educação para a saúde aos doentes, familiares e cuidadores, apoio na satisfação das necessidades básicas e atividades da vida diária, é prestada pelas unidades de saúde públicas ou por entidades de apoio social concertadas com os serviços de segurança social, sendo que a prestação de tais serviços está dependente das fracas condições de recursos económicos do dependente beneficiário e das disponibilidades da rede. Para além dessa esporádica e pontual referência aos prestadores profissionais de cuidados aos dependentes – inseridos dentro do sistema público de serviços assistenciais que constitui a Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados – não se encontra qualquer regulação da profissão de prestadores de cuidados a dependentes, confiando-se, por isso, a prestação dos serviços de apoio e cuidado a idosos, para a grande maioria da população portuguesa, aos trabalhadores de serviço doméstico, tipicamente um trabalhador não especializado.

8. A falta de preocupação com os cuidadores formais, ou cuidadores profissionais de dependentes, por parte do legislador de Segurança Social, determina que permaneça por criar e regular um regime jurídico do cuidador profissional de dependentes. Ou seja, diremos que é urgente criar um regime normativo moderno e com elevadas perspetivas futuras de procura – face ao envelhecimento da população – que estabeleça as regras de formação, titulação e acesso à profissão, o seu enquadramento laboral e no sistema de segurança social, considerando que poderá ser um trabalhador permanente ou ocasional, com uma ou várias entidades empregadoras privadas, ou atuando de forma contratualizada com a segurança social, preocupações que ainda não fizeram eco no legislador de Segurança Social. Enquanto tal não sucede, os cuidados profissionais estão entregues aos trabalhadores de serviço doméstico, os quais, igualmente, não encontram uma regulação moderna e totalmente protetora em termos sociais. Desde logo, estes cuidadores profissionais estão regulados por regime especial laboral das relações de trabalho emergentes do contrato de serviço doméstico,

[49] Artigo 40.º, n.º 1 e 3 do Decreto-Lei n.º 101/2006.
[50] Sobre a caraterização da equipa de cuidados continuados integrados, veja-se o artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 101/2006.

previsto no velho Decreto-Lei n.º 235/92, de 24 de outubro[51]. Do ponto de vista da Segurança Social, tais trabalhadores estão enquadrados no regime geral de segurança social aplicável aos trabalhadores por conta de outrem, regulado em seis artigos do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social[52], inseridos dentro dos denominados «regimes aplicáveis a trabalhadores integrados em categorias ou situações específicas»[53].

9. Não obstante a proteção social dos trabalhadores de serviço doméstico ser reduzida, se comparada com os demais trabalhadores subordinados, recentemente o Tribunal de Justiça da União Europeia apreciou a proteção conferida a esse grupo profissional feminizado, tendo analisado a conformidade da legislação nacional de alguns Estados Membros com normas jurídicas do Direito da União Europeia. Assim sucedeu com o Acórdão de 21 de janeiro de 2021 sobre o acesso a pensão de reforma antecipada[54], no Acórdão de 24 de fevereiro de 2022 sobre a proteção contra o desemprego[55] e muito recentemente, no Acórdão de 19 de dezembro de 2024 sobre organização e registo do tempo de trabalho[56]. As duas primeiras decisões judiciais deste Tribunal de Justiça da União Europeia, analisaram se a legislação nacional do Estado-Membro que era sindicada se opunha à Diretiva 79/7/CEE relativa à realização progressiva do princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social, tendo concluído que essas disposições nacionais prejudicavam particularmente os trabalhadores do sexo feminino, no caso, as trabalhadoras de serviço doméstico. Por sua vez, a terceira e mais recente decisão analisou se a legislação nacional do mesmo Estado Membro se opunha à Diretiva 2003/88/CE relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho, interpretada à luz do artigo 31.º n.º 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, tendo concluído que a legislação comunitária se opunha a uma

[51] O regime jurídico do contrato de trabalho de serviço doméstico, define tal contrato laboral, como o «contrato pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a outrem, com carácter regular, sob a sua direção e autoridade, atividades destinadas à satisfação das necessidades próprias ou específicas de um agregado familiar, ou equiparado, e dos respetivos membros», tendo por objeto, entre outras atividades «vigilância e assistência a … pessoas idosas e doentes».
[52] Cfr. artigos 116.º a 121.º do referido Código dos Regimes Contributivos, aprovado pela Lei n.º 110/2009, de 16 de setembro.
[53] Cfr. Capítulo II do Código dos Regimes Contributivos, constante dos artigos 61.º e seguintes, sendo que os trabalhadores do serviço doméstico estão enquadrados na Seção VII, dedicada aos «trabalhadores ao serviço de entidades empregadoras sem fins lucrativos».
[54] Proferido no processo C-843/19, publicado e disponível em ECLI:EU:C:2021:55.
[55] Proferido no processo C-389/20, publicado e disponível em ECLI:EU:C:2022:120.
[56] Proferido no processo C-531/23 [Loredas], publicado e disponível em ECLI:EU:C:2024:1050.

regulamentação nacional, bem como à interpretação pelos órgãos jurisdicionais nacionais ou a uma prática administrativa que isente as entidades patronais do trabalho doméstico da obrigação de estabelecer um sistema que permita medir a duração do tempo de trabalho prestado pelos trabalhadores do serviço doméstico. Dessa forma podemos concluir que aquela jurisdição da União Europeia acaba por proteger, reforçar e defender os direitos fundamentais destes trabalhadores, para além do previsto na legislação nacional dos Estados Membros, cabendo verificar a conformidade da legislação portuguesa sobre o tema.

10. Se analisarmos a legislação de segurança social portuguesa relativa aos trabalhadores de serviço doméstico, em matéria de desemprego e de reforma por velhice, à luz da interpretação do artigo 4.º n.º 1 da Diretiva 79/7/CEE do Conselho, de 19 de dezembro de 1978, relativa à realização progressiva do princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social, é manifesto que tais trabalhadoras são discriminadas. Com efeito, de acordo com o Código dos Regimes Contributivos, este grupo profissional feminizado que se dedica à prestação de cuidados ao agregado familiar, realizam contribuições sociais juntamente com a sua entidade empregadora, com base em remunerações convencionais calculadas pelo valor dos indexantes sociais, o que determina que o seu esforço contributivo seja feito sobre valores muito inferiores aos das remunerações acordadas e pagas pelo empregador[57]. Diferentemente do que sucede nos demais trabalhadores, estes trabalhadores só podem optar por uma base contributiva calculada sobre a remuneração efetiva se estiverem contratados ao mês e em regime de tempo completo, e ainda, muito importante, se existir acordo escrito entre o trabalhador e a entidade empregadora[58]. Como é sucessivamente recordado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, «o trabalhador é considerado a parte fraca na relação de trabalho, pelo que é necessário impedir que a entidade patronal lhe possa impor uma restrição nos seus direitos»[59] que é o sucede na legislação nacional portuguesa, pois a opção pela realização de contribuições com base de incidência sobre a remuneração efetiva depende do acordo do empregador, que sempre poderá, de forma justificada ou não, recusar tal acordo, quer no início da relação laboral, como na vigência da mesma. Esta

[57] Neste sentido, vejam-se os artigos 119.º e 120.º n.º 1 do Código dos Regimes Contributivos.
[58] Cfr. artigo 120.º n.º 1 e 2 do Código dos Regimes Contributivos.
[59] Cfr. Acórdão de 14 de maio de 2019, CCOO, proferido no processo C-55/18, disponível e publicado em EU:C:2019:402.

limitação contributiva, que poderá depender do empregador, tem um impacto direto, quer no valor futuro de uma pensão de velhice, como no acesso a prestações de desemprego por parte destas trabalhadoras cuidadoras, pois o legislador nacional não inclui, como regra, a proteção de desemprego no âmbito de proteção deste grupo profissional, limitando o acesso a tal prestação desemprego, aos trabalhadores cuja base de incidência seja sobre a remuneração mensal efetivamente recebida[60], o que nos permite concluir, que tal disposição comporta uma discriminação indireta em razão do sexo, contrária à referida norma da Diretiva 79/7/CEE, visto que afeta substancialmente as trabalhadoras prestadora de cuidados, por comparação com os trabalhadores do sexo masculino[61].

11. Na última decisão acima referenciada daquele Tribunal de Justiça da União Europeia, esta instância jurisdicional foi chamada a decidir a compatibilidade de uma norma nacional de um Estado Membro com a interpretação dos artigos 3.º, 5.º e 6.º da Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho. Nesse litígio, que poderia perfeitamente ocorrer em Portugal e com uma trabalhadora cuidadora, uma trabalhadora de serviço doméstico litigava contra a sua entidade empregadora para obter a condenação no pagamento das horas de trabalho suplementar efetuadas, tendo alegado que foi contratada a tempo completo, mas tinha trabalhado 46 horas por semana até certa data e 79 horas por semana a partir desse momento até ao despedimento[62]. O Tribunal de primeira instância não condenou a entidade empregadora no pagamento do trabalho suplementar, uma vez que as horas de trabalho suplementar não tinham sido provadas porque não tinha sido apresentado pelo empregador os registos diários de tempo de trabalho prestado. Também à semelhança da disposição nacional sindicada naquele litígio, no Decreto-Lei n.º 235/92, de 24 de outubro não se encontra qualquer norma derrogatória que afaste a obrigação de registo de tempos de trabalho prevista no artigo 202.º do Código do Trabalho, existindo inclusive norma de remissão supletiva em caso de lacuna naquele regime especial[63]. Dessa forma, a inexistência de uma norma especial que regulamente essa obrigação de

[60] Cfr. artigo 118.º do Código dos Regimes Contributivos.
[61] Cfr. Nota de rodapé 3, pela qual se concluiu que neste grupo profissional, o sexo feminino representa cerca de 99% do total dos trabalhadores.
[62] Cfr. sumário do litígio constante dos pontos 17 a 24 do Acórdão de 19 de dezembro de 2024, proferido no processo C-531/23 [Loredas].
[63] Cfr. artigo 37.º-A do Decreto-Lei n.º 235/92

registo de tempos de trabalho nesta relação de trabalho especial em que o empregador e o local de trabalho se situa no quotidiano de um agregado familiar, bem como a prática de isentar tais empregadores de instituir um sistema que permita medir a duração do tempo de trabalho diário de cada trabalhador de serviço doméstico e que priva os mesmos de determinar, de forma objetiva e fiável, o número de horas de trabalho prestado, não respeita manifestamente as disposições dos artigos 3.º, 5.º e 6.º da Diretiva 2003/88/CE, lidos e interpretados à luz do artigo 31.º n.º 2 da Carta[64], afetando estes trabalhadores cuidadores de dependentes.

4. CONCLUSÕES

12. Como resulta evidente de tudo o que vimos destacando do regime português de proteção às pessoas idosas e dependentes, não obstante Portugal ser um país que enfrenta um problema demográfico grave de envelhecimento da população, essa realidade não motivou, até aos dias de hoje, a modernização de todo o sistema de proteção da dependência, designadamente, a criação de um sistema de proteção codificado, sistemático e organizado de proteção das pessoas dependentes. Um dos grandes desafios que o legislador de segurança social deveria cuidar, para a modernização do sistema de proteção destes dependentes, deveria ser o da própria definição de dependente e, com um atraso de vinte e cinco anos, a concretização de outros graus de dependência, para além dos singelos 1.º e 2.º grau de dependência previstos na legislação atual. Por outro lado, o contacto com idosos, permite constatar que a perda de autonomia não é apenas uma dependência física e medicamente determinada, pelo que o procedimento de declaração da dependência não pode, nem deve ser discricionário, assente exclusivamente em análises periciais. Como pusemos em evidência em páginas anteriores, as prestações a um idoso com perda de autonomia, não se podem reconduzir a uma prestação de segurança social de natureza económica assistencial de baixo valor, justificando-se uma revolução de todo o esquema de prestações e de beneficiários das mesmas. Em linha com esta alteração da tipologia das prestações, também se impõe uma alteração e modernização do enquadramento e financiamento deste sistema de proteção, tendo em conta que a população portuguesa com mais de 65, dentro de algumas décadas, corresponderá a quase um terço da população nacional, havendo que enquadrar este sistema de proteção num sistema

[64] Neste mesmo sentido, veja-se pontos 46 a 51 do Acórdão de 19 de dezembro de 2024, proferido no processo C-531/23 [Loredas].

contributivo ou previdencial, com a participação de todos os contribuintes de segurança social e com taxas contributivas que considerem as necessidades crescentes desta ação protetora. Por fim, não obstante os pequenos passos dados na regulação jurídica da figura do cuidador dos dependentes, só se construiu meia casa de tal edifício legislativo, designadamente na proteção do cuidador informal ou amistoso, permanecendo por regular o regime jurídico dos cuidadores profissionais, ao nível da formação, titulação e acesso à profissão e o seu enquadramento laboral e no sistema de segurança social, pelo que a população portuguesa acaba entregue aos cuidados de trabalhadores de serviço doméstico. Neste tópico, a análise das recentes decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, em matéria de proteção de desemprego, reforma por velhice e registo de tempos de trabalho, permite concluir que a legislação nacional laboral e de segurança social de proteção dos trabalhadores de serviço doméstico, grupo profissional altamente feminizado, não está em conformidade com a Diretiva 79/7/CEE, nem com a Diretiva 2003/88/CE e artigo 31.º n.º 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

5. BIBLIOGRAFIA CITADA

— ALBERTO ARUFE VARELA, «El régimen jurídico de los cuidadores profesionales de dependientes en la legislación federal complementaria del Código Federal Alemán de Seguridad Social», *Público y privado en el Sistema de Seguridad Social*, ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (Coord.), Laborum, Murcia, 2013.

— ALBERTO ARUFE VARELA, «Las modificaciones en 2016 del Libro regulador del Seguro Social de Dependencia, del Código alemán de Seguridad Social», A. VICENTE PALACIO (Coord.), *Estudios sobre Seguridad Social: libro homenaje al Profesor José Ignacio Garcia Ninet*, Atelier, Barcelona, 2017.

— ALBERTO ARUFE VARELA, *El Seguro Social de dependencia en Alemania: un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, Atelier, Barcelona, 2019.

— CARLOS TRINDADE E PAULO PEDROSO (Coord.), *Livro Branco Trabalho Doméstico Digno*, STAD, Lisboa, 2024.

— DUARTE ABRUNHOSA E SOUSA, «Breve introdução ao regime laboral do trabalhador cuidador informal», em PALMA RAMALHO, Maria do Rosário (Coord), *Reforma da legislação laboral: trabalho digno: conciliação entre a vida profissional e familiar,* Lisboa, AAFDL, 2023.

— ISABEL VIEIRA BORGES, «Conciliação trabalho/família e trabalhador cuidador na reforma da legislação laboral no âmbito da Agenda do Trabalho Digno», em PALMA RAMALHO, Maria do Rosário

(Coord), *Reforma da legislação laboral: trabalho digno: conciliação entre a vida profissional e familiar,* Lisboa, AAFDL, 2023.

— JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN, «Más razones de derecho comparado para una reforma urgente del modelo español de protección social por dependencia: Acerca de la nueva ley francesa de adaptación de la sociedad al envejecimiento», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 44, 2016.

— JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN, «La sostenibilidad del modelo español actual de protección social por dependencia. Un estudio crítico-comparativo con la sostenibilidad del modelo alemán», *Revista de Derecho Social*, n.º 72, 2015.

— JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN, «El sistema de protección social de las personas dependientes en Alemania», *Revista Derecho social y Empresa*, n.º 8, 2017.

— JOANA NUNES VICENTE, «A Directiva (UE) 2019/1158 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Junho de 2019, relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores e o seu impacto no ordenamento jurídico nacional», em PALMA RAMALHO, Maria do Rosário (Coord), *Reforma da legislação laboral: trabalho digno: conciliação entre a vida profissional e familiar,* Lisboa, AAFDL, 2023.

— JOANA VASCONCELOS, «Sobre o estatuto do trabalhador cuidador no Direito do trabalho português», *Revista de Direito e de Estudos Sociais,* 2023, n.º 1-4 (jan. Dez).

— LUÍS CARDOSO ROCHA, «A criação do estatuto do cuidador informal», *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º. 3-4, 2019.

— MÁRIO SILVEIRO DE BARROS, «La protección social por dependencia en Portugal – Un estudio de derecho comparado, comunitario europeo e internacional», *Revista de Derecho de la Seguridad Social* n.º 12, 2017.

— MÁRIO SILVEIRO DE BARROS, «La protección frente a los riesgos profesionales de los cuidadores de dependientes en Portugal», *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenária*, ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (Coord.), Laborum, Murcia, 2020.

— MÁRIO SILVEIRO DE BARROS, «La protección de Seguridad Social de las personas mayores en Portugal. El sistema de protección de la dependencia», SALVADOR PERÁN QUESADA e FRANCISCO VILA TIERNO (Dir), *La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el Siglo XXI – Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2022.

— MÁRIO SILVEIRO DE BARROS, *Direito da Segurança Social*, Coimbra, Almedina, 2024.

Retos y oportunidades del seguro de cesantía en el contexto actual del mercado laboral

Félix Guadalupe Contreras Arguirópulos[65]

Abstract: *The present work analyzes the figure of unemployment insurance in old age in the Social Security Law of Mexico, and its use as if it were an early option of old age insurance, disregarding its purpose.*

Resumen: *1. Introducción. 2. Finalidad. 3. Riesgo protegido. 3.1. Protección Constitucional. 3.2. Protección legal. 4. Prestaciones legales. 5. Precedentes importantes de la Suprema Corte de Justicia. 6. Causas de terminación y baja ante el IMSS. 7. Obligación de Indemnizar. 8. Distinción entre un seguro de desempleo y el de cesantía. 9. Alternativas. 10.Conclusiones. 11. Bibliografía.*

Palabras Clave: *Cesantía, Relación de trabajo, Riesgo, Indemnización, Desempleo, Responsabilidad patronal, Seguro social.*

Keywords*: Unemployment, Employment relationship, Risk, Compensation, Employer liability, Social security.*

1. Introducción

El seguro cesantía en edad avanzada comprendido en nuestra Ley del Seguro Social, desde hace años ha venido siendo utilizado como si se tratara de una opción anticipada del seguro de vejez, quedando a discreción del asegurado, solicitar su pensión al cumplir 60 años o esperar a los 65; es común escuchar de los mismos trabajadores lo anterior, e incluso al llegar a cumplir los 60 años, buscar a su patrón para informarle la decisión de dejar de trabajar para pensionarse; los motivos son diversos, cansancio, conveniencia económica al pensionarse y continuar con labores diversas, lo que le permite complementar sus ingresos, entre otras.

2. Finalidad

[65] Maestro en Derecho Laboral, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León, miembro del Cuerpo Académico de Derecho Administrativo Laboral, de la misma, Asesor Jurídico Empresarial y ex Director de Relaciones Laborales de la UANL, investigador Orcid: 0000-0003-2478-5976, felixcontreras@hotmail.com.

Pocas veces, ese seguro es aplicado de acuerdo con su finalidad; en efecto, rara vez nos encontramos ante trabajadores que advierten en ese ramo de aseguramiento una protección en caso de privación involuntaria del trabajo, y ello tampoco es advertido por los patrones que generalmente olvidan que la finalidad de ese seguro es precisamente amortiguar el impacto económico ocasionado por la terminación involuntaria de relaciones laborales.

La Ley Federal del Trabajo mexicana, establece como una de las causas de terminación de la relación laboral, el caso fortuito o fuerza mayor, sin embargo y no obstante que en esos casos la privación del trabajo es involuntaria, de acuerdo con nuestra legislación, la patronal está obligada a cubrir las indemnizaciones allí establecidas; olvidándose que tanto patrones como trabajadores pagan un seguro cuyo riesgo protegido es precisamente la privación involuntaria del trabajo, por lo que deberían quedar eximidos del pago de estas indemnizaciones por aplicación del seguro.

3. Riesgo protegido.

Esa visión, obtenida de lo establecido en nuestra legislación de seguridad social respecto al seguro de cesantía, cuyo riesgo protegido es la privación involuntaria del trabajo, que desafortunadamente está limitada a que el trabajador haya cumplido 60 años o más, permite explorar la posibilidad de ampliar la cobertura de forma convencional, que podría traer beneficios y seguridad para ambas partes de la relación de trabajo.

3.1. Protección Constitucional.

La fracción XXIX del artículo 123 apartado A, constitucional establece:

"*Artículo 123 A*

….

XXIX.- *Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá* ***seguros*** *de invalidez, de vejez, de vida, de* ***cesación involuntaria del trabajo****, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos,* ***no asalariados*** *y otros sectores sociales y sus familiares."*

De la anterior transcripción podemos advertir que nuestra Constitución señala que, en la Ley del Seguro Social debe establecerse un seguro de cesación involuntaria del trabajo (no lo limita a edad alguna), por lo que debemos detenernos un poco en la idea de "seguro" en el que, por regla general se advierte que una de las partes se obliga, mediante cierta prima, a indemnizar a la otra de una pérdida, de un daño sufrido, o **de la privación de un lucro esperado que podría sufrir por un acontecimiento incierto,** o bien, de resultas de la realización de ciertos riesgos, relativos a su persona o sus bienes; esto es, que parte de la idea de amortiguar daños o menoscabos sufridos por causas imprevistas e involuntarias.

3.2. Protección legal.

La Ley del Seguro Social en su artículo 11 establece:

"*Artículo 11. El régimen obligatorio comprende **los seguros** de:*
I. Riesgos de trabajo;
II. Enfermedades y maternidad;
III. Invalidez y vida;
*IV. Retiro, **cesantía** en edad avanzada y vejez, y*
V. Guarderías y prestaciones sociales."

En el caso del **seguro de cesantía**, el riesgo protegido es el quedar privado de trabajo, desafortunadamente se limita a personas de 60 años cumplidos o más, por lo que su finalidad claramente es distinta a la del seguro de vejez, lo que podemos corroborar de la lectura del capítulo VI de la Ley del Seguro Social, titulado: "DEL SEGURO DE RETIRO, **CESANTÍA EN EDAD AVANZADA** Y VEJEZ", en el que se advierte que cada ramo de aseguramiento, tiene distintos riesgos protegidos y condiciones para el otorgamiento de las prestaciones respectivas.

Ley del Seguro Social

"*Artículo 152. Los riesgos protegidos por este capítulo son el retiro, **la cesantía** en edad avanzada y la vejez del asegurado, así como la muerte de los pensionados por este seguro, en los términos y con las modalidades previstas en esta Ley."*

"*Artículo 153. El otorgamiento de las prestaciones contenidas en este capítulo requiere del cumplimiento de períodos de espera medidos en semanas de cotización reconocidas por el Instituto, conforme se señala en las disposiciones relativas a cada uno de los ramos de aseguramiento amparados.* …."

Por lo que respecta al ramo de cesantía en edad avanzada el artículo 154 de la ley referida establece:

"Artículo 154. Para los efectos de esta Ley ***existe cesantía en edad avanzada cuando el asegurado quede privado de trabajos remunerados a partir de los sesenta años de edad.*** *…."*

4. Prestaciones legales.

De conformidad con el artículo 155 de la Ley del Seguro Social, la **contingencia** consistente en la cesantía en edad avanzada obliga al Instituto al otorgamiento de las prestaciones siguientes: pensión; asistencia médica, asignaciones familiares y ayuda asistencial.

Como podemos advertir de lo anterior, existe cesantía cuando el asegurado quede privado de trabajos remunerados, pero ese riesgo está limitado, no sólo a que ocurra, sino que además, ello suceda cuando el trabajador tenga cumplidos 60 años o más, pues la protección del ramo es la cesantía en edad avanzada; debiéndose entender esa privación de trabajo remunerado como una situación previsible pero no deseable para el asegurado, lo que se corrobora de la lectura del artículo 155 de la citada ley que señala que la contingencia (probabilidad de que algo suceda o no, sinónimo de riesgo), consistente en la cesantía en edad avanzada, obliga al instituto al otorgamiento de las prestaciones señaladas en el referido numeral (cumplidas las cotizaciones semanales); por lo que se puede claramente advertir que, su finalidad (atenuar los efectos provocados al quedar privado involuntariamente de su trabajo), es diversa a la del seguro de vejez; desde luego que para ello deben cumplirse con los requisitos que la propia ley de la materia establece.

Ley del Seguro Social.

"*Artículo 156. El derecho al goce de la pensión de cesantía en edad avanzada comenzará desde el día en que el asegurado cumpla con los requisitos señalados en el artículo 154 de esta Ley, (quedar* ***privado de trabajo remunerado y tener 60 años o más-*** *y el acreditamiento de semanas cotizadas-), siempre que solicite el otorgamiento de dicha pensión y* ***acredite haber quedado privado de trabajo****, si no fue recibido en el Instituto el aviso de baja."*

5. Precedentes importantes de la Suprema Corte de Justicia.

El diccionario de la real academia española establece que el vocablo "privar" implica el despojar a alguien de algo que poseía; siendo pertinente el señalar que entre los ejemplos que destaca, se encuentra precisamente "el destituir a alguien de su empleo", por lo que a diferencia del seguro de vejez, en el seguro de cesantía lo que se protege es la privación involuntaria del medio de subsistencia del trabajador, existiendo diversos precedentes que corroboran lo anterior, cuyos rubros estimo pertinente citar a continuación:

"Suprema Corte de Justicia de la Nación
Registro digital: 173822
Instancia: Segunda Sala
Novena Época
Materias(s): Laboral
Tesis: 2a./J. 178/2006
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIV, Diciembre de 2006, página 195
Tipo: Jurisprudencia

CESANTÍA EN EDAD AVANZADA, EL OTORGAMIENTO DE LA PENSIÓN RESPECTIVA SÓLO PROCEDE CUANDO LA CESACIÓN EN EL TRABAJO ES INVOLUNTARIA."

"Suprema Corte de Justicia de la Nación
Registro digital: 164733
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Novena Época
Materias(s): Laboral
Tesis: I.3o.T. J/23
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXI, Abril de 2010, página 2407
Tipo: Jurisprudencia

PENSIÓN POR CESANTÍA EN EDAD AVANZADA. EL REQUISITO PARA SU OTORGAMIENTO CONSISTENTE EN QUE EL TRABAJADOR QUEDE PRIVADO DE TRABAJO REMUNERADO, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 145 DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL DEROGADA, CORRELATIVO DEL NUMERAL 154 DE LA LEY VIGENTE, PUEDE COMPROBARSE PRESUNCIONALMENTE CON EL AVISO DE BAJA O CON OTRO DOCUMENTO EXPEDIDO POR EL INSTITUTO, SIEMPRE Y CUANDO NO SE CONTRAPONGA CON OTRA PRUEBA."

"Suprema Corte de Justicia de la Nación

Registro digital: 165093

Instancia: Segunda Sala

Novena Época

Materias(s): Laboral

Tesis: 2a./J. 32/2010

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXI, Marzo de 2010, página 948

Tipo: Jurisprudencia

CESANTÍA EN EDAD AVANZADA. EL ASEGURADO QUE DEMANDA DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL EL OTORGAMIENTO DE LA PENSIÓN RELATIVA, GOZA DE LA PRESUNCIÓN DE QUE SE ENCUENTRA PRIVADO DE TRABAJO REMUNERADO."

Como hemos advertido, los anteriores precedentes son uniformes en considerar que la privación del trabajo debe ser de manera involuntaria y ello es acorde a lo anteriormente expuesto; sin embargo, ante la cultura generalizada y desde luego también motivada por el propio instituto de seguridad social, probablemente por la conciencia del cumplimiento parcial al mandato constitucional de establecer un seguro pleno que proteja el riesgo de la cesantía y el haber limitado en la ley esa protección a trabajadores asegurados que hayan cumplido 60 años o más, lo que no es objeto de este trabajo; pero que en mi opinión ha influido a que en los precedentes antes transcritos se haya determinado que la privación del trabajo se acredita con la baja del trabajador efectuada por el patrón ante el instituto, e incluso que se estime lo anterior ante la demanda del asegurado reclamando el otorgamiento de las prestaciones de este ramo de aseguramiento; sin embargo, los tribunales han sido consistentes en señalar que el riesgo protegido es la privación involuntaria del trabajo, e incluso no obstante que, como se señaló prevén que es factible acreditar lo anterior, tanto con la baja, como con la presentación de la demanda ante los tribunales, reclamando el otorgamiento de las prestaciones en este ramo de aseguramiento, también prevén que puede admitirse

una prueba en contrario, en cuyo caso pudiéramos pensar que no se tendría derecho a las prestaciones que otorga este ramo de aseguramiento.

6. Causas de terminación y baja ante el IMSS.

En el sistema único de autodeterminación (SUA), qué es el sistema que se utiliza electrónicamente para que los particulares realicen movimientos ante el Instituto Mexicano del Seguro Social, como motivos de baja de un trabajador, encontramos sólo dos causas posibles de privación involuntaria del trabajo:

Motivos de baja SUA:

- Término de contrato
- Separación voluntaria
- Abandono de empleo
- Defunción
- **Clausura**
- Otra
- Ausentismo
- **Rescisión de contrato**

En efecto, descartando la defunción, como causas posibles, sólo encontraríamos la clausura y la rescisión del contrato, por lo que si se fuese a establecer una causa diversa de privación involuntaria del trabajo se tendría que señalar bajo la forma genérica "otra".

La Ley Federal del Trabajo, en su artículo 53, como causas de terminación de la relación de trabajo establece:

"*Artículo 53. Son causas de terminación de las relaciones de trabajo:*

I. El mutuo consentimiento de las partes;

II. La muerte del trabajador;

III. La terminación de la obra o vencimiento del término o inversión del capital, de conformidad con los artículos 36, 37 y 38;

IV. La incapacidad física o mental o inhabilidad manifiesta del trabajador, que haga imposible la prestación del trabajo; y

*V. **Los casos a que se refiere el artículo 434**."*

Como podemos advertir de lo anterior, el mutuo consentimiento no es causa de privación involuntaria del trabajo (ambas partes acuerdan concluir la relación de trabajo); como tampoco lo es la terminación de la obra, el vencimiento del término o de la inversión del capital, (pues al iniciar la relación de trabajo queda establecida de común acuerdo su forma de conclusión); la muerte tampoco lo es, y además, queda protegida por otro ramo de aseguramiento; como también sucede en el caso de una incapacidad física o mental del trabajador, que aunque desde luego es involuntaria, es un riesgo protegido en otro ramo de aseguramiento; sin embargo, la inhabilidad manifiesta del trabajador para desempeñar el trabajo, si es causa de privación involuntaria, (pensemos en las nuevas tecnologías), además de lo anterior, encontramos que la última fracción remite al artículo 434 de la propia ley del trabajo.

"Artículo 434. Son causas de terminación de las relaciones de trabajo:

I. La fuerza mayor o el caso fortuito no imputable al patrón, o su incapacidad física o mental o su muerte, que produzca como consecuencia necesaria, inmediata y directa, la terminación de los trabajos;

II. La incosteabilidad notoria y manifiesta de la explotación;

III. El agotamiento de la materia objeto de una industria extractiva;

IV. Los casos del artículo 38;"

Adicional a lo anterior encontramos lo que prevé el artículo 46 del citado ordenamiento laboral, que permite a cualesquiera de las partes de la relación el rescindir en cualquier tiempo la relación de trabajo, por causa justificada, sin incurrir en responsabilidad, caso en que en estricto sentido, no aplicaría el seguro cesantía, por la conducta de la persona trabajadora o de la persona empleadora.

De lo que advertimos que en el artículo 434 se señalan causas involuntarias de la terminación de la relación de trabajo que, no están contempladas en la protección de otros ramos de aseguramiento, pero que si deben estarlo en el seguro de cesantía; ahora bien, la propia Ley Federal del Trabajo establece que, en los casos anteriores el patrón deberá cubrir una indemnización al trabajador, al acontecer alguna de las causas de terminación de la relación laboral antes referidas.

7. Obligación de Indemnizar.

La indemnización en general es una compensación económica, destinada a reparar al afectado **por la privación de un bien o de un derecho** o por un perjuicio

provocado, o un gasto incurrido por razones ajenas a la voluntad, destacando que la ley del trabajo establece al patrón la obligación de indemnizar.

Considero que en esos casos, el seguro de cesantía debe aplicar y relevar al patrón de la obligación de indemnizar, tal y como ocurre en el seguro de riesgos de trabajo, pues precisamente la finalidad de un seguro es atenuar los efectos económicos que acontecen al ocurrir el riesgo o contingencia protegida por el ramo de aseguramiento, enfatizando que debe tomarse para ello en consideración que, si bien es cierto que el trabajador cubre parte de la prima de este ramo de aseguramiento; también lo es que, el patrón cubre el 2% del ramo de retiro, así como por lo que hace al seguro de **cesantía en edad avanzada** y vejez; por lo que en esos casos, incluyendo el caso de que sea el patrón el que prive al trabajador de su trabajo (inhabilidad manifiesta del trabajador, que haga imposible la prestación del trabajo), este seguro deberá cubrir esa contingencia; desde luego no considero que aplique en los casos de rescisión de la relación de trabajo, o el mutuo consentimiento.

8. Distinción entre un seguro de desempleo y el de cesantía

A diferencia del seguro de desempleo, existente en diversas legislaciones de América Latina cuya finalidad es proporcionar un ingreso temporal a los trabajadores que han perdido su empleo, ayudándolos a cubrir necesidades básicas mientras buscan nueva ocupación, por lo que están diseñados para apoyar esa transición; considerando que aunque existe una situación similar de conformidad con el artículo 191 de nuestra Ley del Seguro Social en que se pueden retirar recursos de la subcuenta individual en caso de desempleo; no sucede lo mismo con el seguro de cesantía, pues no se pide a los pensionados que busquen ocupación y éstos continúan disfrutando de la pensión, aun en el caso de que reingresen como trabajadores asegurados al régimen obligatorio.

Ley del Seguro Social

"Artículo 196. El asegurado que goce de una pensión de cesantía en edad avanzada o de vejez, cuando reingrese al régimen obligatorio, no efectuará las cotizaciones a que se refiere el párrafo segundo del artículo 25 de esta Ley, ni las de los seguros de invalidez y vida.

El asegurado abrirá una nueva cuenta individual, en la Administradora de Fondos para el Retiro que elija de acuerdo con las normas generales

establecidas en esta Ley. Una vez al año, en el mismo mes calendario en el que adquirió el derecho a la pensión, podrá el asegurado transferir a la Aseguradora que le estuviera pagando la renta vitalicia, el saldo acumulado de su cuenta individual, conviniendo el incremento en la renta vitalicia o retiros programados que esta última le esté cubriendo."

"Artículo 197. Las Aseguradoras y las Administradoras de Fondos para el Retiro no podrán retener, bajo ningún concepto, el pago de rentas vencidas ni de retiros programados no cobrados por el pensionado, cuyos montos en todo momento estarán a disposición de éste." **Salvo el caso de la pensión garantizada.**

Debiendo destacar además, que el seguro de cesantía, que protege la privación involuntaria del trabajo, no se limita a otorgar recursos económicos al asegurado, sino que también le otorga servicio médico, tanto a él como a sus beneficiarios; servicio médico que también es pagado por el patrón y el trabajador, debiendo destacar que en el caso patronal, la aportación que cubre es para coadyuvar en el pago del servicio médico de los pensionados, incluyendo a los del seguro de cesantía en edad avanzada, cuyo beneficio se otorga a los pensionados en general con los que el patrón pudo o no haber establecido en algún tiempo relación laboral alguna. (artículo 25 Ley del Seguro Social)

9. Alternativas

Las empresas pueden considerar ampliar la protección del seguro de cesantía, no sólo en una mayor prestación para los trabajadores, sino también respecto al ámbito de aplicación y no restringirlo a la edad del asegurado, lo que pudiera traer también beneficio fiscal, pues debe recordarse que estas aportaciones no forman parte del salario base de cotización.

Salario base de cotización

"*Artículo 27. El salario base de cotización se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, alimentación, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y*

cualquiera otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo. Se excluyen como integrantes del salario base de cotización, dada su naturaleza, los siguientes conceptos:

....

III. Las ***aportaciones adicionales*** *que el patrón convenga otorgar a favor de sus trabajadores* ***por concepto de cuotas del seguro*** *de retiro,* ***cesantía*** *en edad avanzada y vejez;*

……"

Lo que implica que esas aportaciones no incidirían en el salario base para el pago de cuotas, e incluso podrían llegar a establecerse como previsión social; la posibilidad de extender el beneficio de este ramo de aseguramiento, la encontramos prevista en la propia ley de la materia como puede advertirse de la lectura del artículo 158 de la Ley del Seguro Social, que en lo conducente me permito transcribir:

"Artículo 158. El asegurado podrá pensionarse antes de cumplir las edades establecidas, siempre y cuando la pensión que se le calcule en el sistema de renta vitalicia sea superior en más del treinta por ciento de la pensión garantizada que le corresponda conforme a las semanas de cotización, al salario base de cotización y a la edad de sesenta años, de la tabla establecida en el artículo 170 de esta Ley, una vez cubierta la prima del seguro de sobrevivencia para sus beneficiarios.

....."

Lo anterior puede ser benéfico además para flexibilizar las relaciones de trabajo, sin dejar en estado de indefensión a las personas trabajadoras, y no limitar la aplicación del seguro de cesantía al retiro de una persona trabajadora a los 60 años o más, independientemente de la causa de ello.

10. Conclusiones

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estableció como obligación al legislador ordinario, la creación en la Ley del Seguro Social, de un seguro de cesantía que, desde luego, protegiera el riesgo de que los trabajadores quedarán privados de trabajo remunerado, sin embargo, en la ley de la materia, se restringió ese

derecho a trabajadores asegurados que, hayan quedado privados de trabajo remunerado, siempre y cuando hubiesen cumplido 60 años o más de vida.

La idea de los seguros en general, es la protección ante la producción de un riesgo desde luego, inesperado y no provocado intencionalmente, por lo que, en esos casos, cuando ello ocurre, si bien es cierto que, el trabajador asegurado tiene derecho a las prestaciones que la Ley del Seguro Social otorga, también lo es que, por ese beneficio y al estar la persona empleadora cubriendo cotizaciones en ese ramo de aseguramiento, debe ser relevado de los pagos que por ese concepto le impone nuestra Ley Federal del Trabajo.

Lo anterior ha sido muy poco considerado en nuestro país por ambos sujetos de la relación de trabajo, sobre todo por las personas empleadoras; pues, a diferencia de lo que sucede en el seguro de riesgos de trabajo, en el que por tener debidamente afiliadas a las personas trabajadoras en el seguro de riesgos de trabajo, la empleadora queda relevada del pago de las indemnizaciones que la Ley Federal del Trabajo establece, pues, reciben una protección más amplia en el seguro social; por lo que no vemos obstáculo para que suceda lo mismo en el caso del seguro de cesantía en edad avanzada, cuándo la persona asegurada quede privada de su trabajo remunerado.

Considero importante explorar a fondo la figura en comento, pues, como hemos advertido, la propia ley de la materia, establece la posibilidad de que las prestaciones en este ramo de aseguramiento se otorguen antes de la edad de 60 años, siempre y cuando se cuente con las cotizaciones semanales, y en su cuenta individual tengan los asegurados una cantidad que les permita obtener una pensión superior en un 30% a la pensión mínima garantizada, por lo que podría llegar a establecerse en contratos colectivos de trabajo una mayor aportación por parte de la persona empleadora, a efecto de que a la terminación de la relación de trabajo la persona trabajadora pueda disfrutar el beneficio del seguro de cesantía, y el patrón quede relevado del pago de indemnizaciones, con la ventaja de que las aportaciones adicionales, cuentan con el beneficio de no integrar salario, y de establecerse como una figura previsional, también podrían obtenerse beneficios fiscales, lo que flexibilizaría las relaciones de trabajo, fomenta el ahorro y aseguraría el disfrute de prestaciones hacia los trabajadores.

11. Fontes

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, febrero 1917.

Contreras Arguirópulos, Félix G. Derecho Administrativo Laboral. Práctica Forense, Tirant lo Blanch, México 2019.

Contreras Arguirópulos, Félix G., Ley del Seguro Social Comentarios y Correlaciones. México: Tirant lo Blanch, 2023.

Ley Federal del Trabajo, abril 1970.

Ley del Seguro Social, diciembre de 1995.

Semanario Judicial de la Federación.

REFORMA AL SISTEMA PENSIONAL, ¿RETROCESO DE LA SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANA?

Santiago Tovar Salamanca y Valentina González Gómez[66]

Resumen: *Actualmente, Colombia se encuentra implementando una nueva reforma pensional (Ley 2381 de 2024) la cual busca ampliar la cobertura y garantizar una vejez más digna para todos los ciudadanos. Esta reforma, que entrará en vigencia a partir del 1 de julio de 2025, establece un sistema de cuatro pilares: solidario, semi contributivo, contributivo y voluntario.*

Sin embargo, la diferencia entre lo que garantiza el Pilar Solidario versus el Pilar Semi contributivo representa un obstáculo significativo para la reducción de la informalidad, fenómeno arraigado en Colombia y un desafío constante para las políticas públicas. Esta característica del nuevo sistema pensional genera un efecto de "todo o nada" que desincentiva la formalización laboral, ya que muchos trabajadores informales temen que, al formalizarse y luego perder su empleo, queden atrapados en un nivel de pensión inferior al que podrían alcanzar en la informalidad, generando así una gran barrera de entrada a la formalización, especialmente para aquellos con ingresos inestables.

Sumario: *1. Introducción. 2. ¿en qué consiste la reforma pensional en colombia? 2.1. Pilar solidario. 2.1.1. Pobreza extrema. 2.2. Pilar semicontributivo. 2.3. Pilar contributivo. 2.4. Pilar de ahorro voluntario. 2.5. Informalidad. 3. Pilar solidario y semicontributivo. 4. Impacto socio-económico de la reforma pensional. 5. Desigualdad entre pilares. 6. Consideraciones finales. 7. Referencias bibliográficas.*

1. INTRODUCCIÓN

Colombia está atravesando un gobierno de cambio, y junto a este han surgido grandes proyectos y modificaciones que podrán llegar a establecer un gran giro para la política colombiana y la vida de las personas. Uno de estos grandes e impactantes

[66] La presente investigación fue elaborada por Valentina González Gómez y Santiago Tovar Salamanca, estudiantes de la carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de la ciudad de Bogotá, Colombia. Pertenecientes al Semillero de Derecho Laboral de la misma, Valentina se encuentra cursando el énfasis de derecho laboral y Santiago el énfasis de derecho comercial internacional. El presente documento fue elaborado bajo el acompañamiento del Dr. Ivan Camilo Jiménez, con quien compartimos el gusto y pasión por el Derecho Laboral y la Seguridad Social y de igual manera, esta investigación fue escogida como ponente invitada al IX Congreso Iberoamericano y Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Portugal, el cual se llevó a cabo durante inicios de Mayo del 2025 en la ciudad de Porto.

cambios es la Reforma Pensional, la cual fue aprobada, el pasado 14 de junio de 2024, por la Cámara de Representantes, teniendo en cuenta que su texto ya había sido aprobado por el Senado de la República. La Ley 2381 del 16 de julio de 2024, tendrá vigencia a partir del 1 de julio de 2025, es decir, el gobierno tuvo aproximadamente un año, para implementar todos los instrumentos y acciones necesarias para lograr de manera eficaz esta transición.

De igual manera, el contexto de esta reforma pensional nace de la propuesta de unificar y conectar entre sí el régimen público y el régimen privado, con el objetivo de lograr mayor cumplimiento a la garantía y reconocimiento de su pensión. La Ley 2381 de 2024 contempla la creación de cuatro pilares, los cuales serán las bases de este nuevo sistema pensional.

Dentro de estos, se encuentran el pilar solidario y el pilar semicontributivo, los cuales tienden a ser los pilares con mayor enfoque y trascendencia social. El pilar solidario protegerá a los ciudadanos en condiciones de pobreza extrema, mientras que el pilar semicontributivo ofrece una alternativa para las personas que han acumulado entre trescientas (300) y novecientas noventa y nueve (999) semanas cotizadas en el sistema. Sin embargo, la propuesta de transición entre ambos pilares trae consigo una problemática; el traslado automático del pilar solidario al pilar semicontributivo puede llegar a limitar el derecho de elección de los cotizantes, al igual que desconocer esa situación de pobreza extrema puede generar una situación de desprotección al ciudadano.

Teniendo en cuenta este contexto, se debe analizar si realmente la reforma busca mejorar el acceso a la pensión, cobijando a las personas según sus aportes, o por el contrario, aumenta la desprotección, influyendo en el índice de informalidad laboral en el país. Hoy en día la informalidad es un factor preocupante en la sociedad, sin embargo debemos poder entender cómo influiría este nuevo cambio frente a la oportunidad de las personas para afiliarse y recibir una pensión digna tanto a los próximos pensionados, como a los pensionados a largo plazo.

2. ¿EN QUÉ CONSISTE LA REFORMA PENSIONAL EN COLOMBIA?

La reforma pensional, se debe analizar bajo una mirada interdisciplinaria. Debemos entender si en realidad garantiza los derechos de las personas aportantes, si es una opción viable para la economía personal de los ciudadanos y finalmente, cómo contribuye este proyecto a la sustentabilidad fiscal del país. La viabilidad de esta

reforma no depende únicamente del cumplimiento de una garantía a una pensión, si no que depende de la viabilidad de su aplicación en cuanto a las múltiples aristas que la sociedad necesita discutir.

De esta manera, a partir del cuerpo normativo de la Ley 2381 de 2004 y de los conceptos esbozados por el Comite Autonomo de la Regla Fiscal[67], debemos poder entender los siguientes conceptos para el desarrollo de nuestra investigación:

2.1. PILAR SOLIDARIO

El Pilar Solidario, es el instrumento mediante el cual se busca garantizar el derecho al reconocimiento de una pensión digna de las personas que se encuentren en situación de pobreza extrema, cumpliendo determinados requisitos. De esta manera, la ley 2381 de 2024, establece que: "*este pilar lo integran las personas colombianas residentes en el territorio nacional* ***en condición de pobreza extrema, pobreza y vulnerabilidad, conforme a la focalización que establezca el Gobierno Nacional****, cuyas prestaciones se financiarán solidariamente con recursos del Presupuesto General de la Nación (....). Este pilar está dirigido a garantizar una renta básica solidaria para amparar las condiciones mínimas de subsistencia de los* ***adultos mayores pobres de hombres mayores de 55 años con discapacidad o mujeres mayores de 50 años que sin ser considerados adultos mayores, poseen una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%*** *y no poseen una fuente de ingresos que garantice su vida digna y reúnen los requisitos previstos por el artículo 17 de la presente ley (....)".*

Es decir, esta reforma establece que las personas que podrán ser parte del pilar solidario serán las personas que: (i) Sean ciudadanos Colombianos, (ii) tengan 65 años de edad (hombres) y 60 años (mujeres) o en cuyo caso, podrán ser hombres de 55 años con y mujeres de 50 años con discapacidad y una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%; (iii) Sea reconocido como integrante del grupo de personas con la condición de pobreza extrema, pobreza y vulnerabilidad, según la focalización que determine el Gobierno Nacional, (iv) se debe acreditar la residencia por minimo 10 años en el territorio colombiano, inmediatamente anteriores a la solicitud para acceder

[67] Comite Autonomo de la Regla Fiscal. (4 de junio de 2024). Tercera Actualización - Análisis Técnico sobre la Reforma Pensional. https://www.carf.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-247018%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased

al Pilar/Renta Básica Solidaria, (v) y por último, el ciudadano deberá no tener el reconocimiento de la pensión[68].

La propuesta de la reforma pensional tiene el objetivo de garantizar una renta básica solidaria o "subsidio" a los adultos mayores que se encuentren en situación de pobreza extrema. Este subsidio, se estima, será de 223 mil pesos mensuales, el cual se actualizará con el IPC. Sin embargo, este pilar solidario, no busca aplicar derechos pensionales, sino reconocer un valor de ayuda para esta población.

2.1.1. POBREZA EXTREMA

La pobreza siempre ha sido un constante problema en Colombia, si bien se ha logrado avances en la reducción de la pobreza general - mostrando una tendencia a la baja en el año 2023 con una reducción de 1.6 millones de personas[69] - persiste la desigualdad, y la pobreza extrema sigue siendo un desafío persistente, especialmente en las zonas rurales. A pesar de la considerable reducción, particularmente en las regiones apartadas carecen de recursos básicos para satisfacer sus necesidades fundamentales. La pobreza extrema se manifiesta en condiciones de vida precarias, acceso limitado a servicios básicos como agua potable y saneamiento, y una alta vulnerabilidad ante crisis económicas y desastres naturales.

De igual manera, la situación de Pobreza Extrema no es una situación que aparezca y desaparezca 1 vez en la vida de las personas. Esta situación es fruto de la fluctuación de la economía y la variabilidad y estabilidad laboral que existe. Esto significa que nadie está sujeto a una condición de vida determinada y fija. De este modo, el pilar semicontributivo supone que la situación de pobreza extrema, al desaparecer de la vida de una persona, nunca volverá a afectar al sujeto. Esto claramente deja desprotegidas a todas las personas que logran salir de la situación de pobreza extrema, pero de igual manera siguen siendo reconocidos como población vulnerable, pero que esta vez hace parte del pilar semicontributivo.

2.2. PILAR SEMICONTRIBUTIVO

[68] Congreso de Colombia. (16 de julio de 2024). Artículo 17. Sistema de protección social integral para la vejez, invalidez y muerte de origen común. [Ley 2381 de 2024]. https://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/30051782?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0

[69] Sánchez, C., (2024, 17 julio). *La pobreza desciende en Colombia, pero la inequidad se mantiene.* El País América Colombia. https://elpais.com/america-colombia/2024-07-17/la-pobreza-desciende-en-colombia-pero-la-inequidad-se-mantiene.html

El Pilar Semicontributivo, se encuentra integrado por las personas que están afiliadas al sistema de pensión, y que han cumplido el requisito de edad (65 años hombre y 60 mujeres), pero no lograron cumplir los demás requisitos para acceder al pilar semicontributivo. Con este pilar, el estado busca otorgar un "beneficio económico" junto a las personas que están en el programa de los Beneficios Económicos Periódicos (BEPS), otorgando ese reconocimiento a ciertas prestaciones económicas establecidas.

El artículo 18 de la ley 2381 de 2024 establece los requisitos para acceder a este pilar, al igual que el Comité autónomo de la Regla Fiscal agrupó este pilar en 4 subgrupos: "(I). *Aquellos que cotizaron menos de 300 semanas, recibirán una indemnización sustitutiva por las cotizaciones que hicieron en Colpensiones ajustadas por la inflación más tres puntos, más su saldo en las cuentas de capitalización individual de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFPs).*

(II) Los que cotizaron a través de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS), a quienes se les otorgará una renta vitalicia que responde a sus cotizaciones corregidas por inflación con un subsidio de mínimo el 30%. Podrán ser elegibles para recibir el pilar solidario, sujeto a la restricción presupuestal de ese programa.

(III) Aquellos que cotizaron entre 300 y 1.000 semanas, cumplieron 65 años hombres o 60 años mujeres, y se encuentran en condición de pobreza y vulnerabilidad, se les otorgará una renta vitalicia equivalente a las cotizaciones en Colpensiones corregidas por inflación más el saldo de lo que tengan en la cuenta de capitalización individual. Además, podrán ser elegibles para recibir el pilar solidario, sujeto a la restricción presupuestal de ese programa.

(V)Los que cotizaron entre 300 y 1.000 semanas, que cumplieron 65 años hombres o 60 años mujeres, y que no están en situación de pobreza o vulnerabilidad, se les crea una renta vitalicia con lo que hayan cotizado en Colpensiones, corregido por la inflación más 3% de rentabilidad real anual y un subsidio del 20% del saldo resultante para hombres o 30% para mujeres. Sumado a lo que tengan en las cuentas de ahorro individual."

Sin embargo, debemos dejar claro que esta Reforma Pensional se caracteriza por limitar el derecho de elección de régimen, como se aplicaba en el régimen actual. Esto genera la obligatoriedad de permanencia al pilar que se te asigne, sin ninguna posibilidad de cambiar, sin cumplir los requisitos previstos en el mismo cuerpo normativo. Esto conlleva a que no solo se limiten derechos, y la renta vitalicia pueda

ser inferior a lo esperado, sino que también nos lleva a la pregunta ¿La reforma pensional busca proteger o desproteger inconscientemente?

2.3. PILAR CONTRIBUTIVO

El pilar Contributivo concentra a los trabajadores dependientes e independientes, que tengan la capacidad para cotizar al sistema, en busca de garantizar su pensión. Este pilar abarca en principio a toda persona que realice cotizaciones desde 1 smmlv, sin embargo, este pilar se puede caracterizar como el más complejo, al componerse de 2 "subcategorías", el componente de prima media y el componente de ahorro individual.

El artículo 19 de la ley 2381 de 2024 establece que las características de estos dos componentes, afirmado:

"b) *El Componente de Prima Media, está integrado por todos los(as) afiliados(as) al Pilar Contributivo y recibirá las cotizaciones por los ingresos base de cotización entre un (1) salario mínimo legal y hasta dos punto tres (2.3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

c) El Componente Complementario de Ahorro Individual, recibirá las cotizaciones por la parte del ingreso base de cotización que exceda los dos punto tres (2.3) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes."

De esta manera, podríamos decir que la reforma pensional, busca en este pilar, una estructura que abarque a toda la población formalizada, que realiza sus aportes de manera "correcta y adecuada". Permitiendo así, una estructura similar a la planteada por el Régimen de Prima media, vinculado a Colpensiones.

2.4. PILAR DE AHORRO VOLUNTARIO

Por último, la ley 2381 de 2024, establece como último escalón el Pilar de Ahorro Voluntario, el cual contempla a todas las personas que hagan un ahorro voluntario por medio de los mecanismos e instrumentos que contempla el sistema financiero y las disposiciones legales.

Este pilar, es ante todo, una oportunidad. para que las personas logren completar el monto de la pensión integral de vejez, establecida en el Pilar Contributivo.

2.5. INFORMALIDAD

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) establece que el trabajo informal, es todo trabajo remunerado que no se encuentre registrado, regulado o protegido por el marco normativo de un país, evidenciando la inexistencia de contratos de trabajos seguros, prestaciones laborales y protección social[70].

Actualmente la informalidad no es necesariamente consecuencia de la precarización de las prestaciones de seguridad social, por el contrario, surgen de la voluntad de las personas de apartarse del sistema de la seguridad social, por conveniencia propia (Alcaraz et al., 2015)[71]. Es decir, la informalidad no es directamente consecuencia de las faltas de garantías que se ofrecen en el mundo laboral colombiano, sino que se representan en las prerrogativas que eligen las personas por diferentes factores, como lo es el bajo índice de ingresos en la formalidad del trabajo, ocasionando que la población altamente vulnerable se quede en sectores donde predomina la informalidad. Un claro ejemplo de ello, es el vacío legal que deja la Reforma Pensional al limitar la posibilidad de regresar al Pilar Solidario a las personas que se encuentren en estado de pobreza extrema, pobreza o vulnerabilidad, después de incorporarse al pilar semicontributivo. Esto ocasiona que las personas prefieran ser informales y recibir los beneficios del pilar solidario, a arriesgarse a pertenecer a un nivel de pensión inferior al que podrían alcanzar en la informalidad

La informalidad se caracteriza individualmente en cada sujeto, pero finalmente se representa en una misma forma; como plantea Ronal Mahecha, "*los trabajadores informales se caracterizan por una situación laboral precaria e inestable, ausencia de contratos de trabajo, escaso acceso a las prestaciones de seguridad social, falta de derechos de propiedad y bajos ingresos. Lo anterior los hace altamente vulnerables. Las unidades comerciales pertenecientes al sector informal generalmente son de pequeña escala, tienen una organización básica y son menos eficientes y productivas que el resto.*"

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, al igual que la información proporcionada por la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) del DANE, podemos afirmar que actualmente colombia contempla una tasa de desempleo cercana

[70] *Empleo informal*. OIT/Cinterfor. https://www.oitcinterfor.org/taxonomy/term/3366
[71] Alcaraz, Carlos, Chiquiar, Daniel y Salcedo, Alejandrina (2015), Informality and segmentation in the Mexican labor market, Working Papers, N° 25, Ciudad de México, Banco de México. https://www.banxico.org.mx/publicaciones-y-prensa/documentos-de-investigacion-del-banco-de-mexico/%7BEA76DFED-4A93-15C6-0049-F20CC556C5ED%7D.pdf

al 9.1%[72] y una tasa de informalidad de 55.8%[73], aunque las cifras han disminuido ciertos percentiles en comparación al año 2023, el desempleo y la informalidad en el sector laboral Colombiano siguen representando una problemática social importante. Estos datos se deberán tener en cuenta a la hora de la aplicación de la reforma pensional.

1. PILAR SOLIDARIO Y SEMICONTRIBUTIVO.

Como se ha explicado a lo largo de este escrito, el pilar solidario, planteado por el artículo 17 de la ley 2381 de 2024 busca "*garantizar una renta básica solidaria para la subsistencia de adultos mayores en situación de pobreza extrema, pobreza y vulnerabilidad. **Los beneficiarios recibirán una transferencia monetaria equivalente a una línea de pobreza extrema, estimada en 223 mil pesos mensuales en 2024**. El pilar solidario no implica derechos pensionales, los recursos de la transferencia provendrán y estarán limitados en el Presupuesto General de la Nación (PGN) del año en curso y serán administrados por el Ministerio del Trabajo*"[74]. Es decir, actualmente, se tiene establecido que el pilar solidario acogerá y garantizará una renta básica para los adultos mayores, que acrediten la situación de pobreza extrema y/o vulnerabilidad. Esta focalización se realizará por medio de la línea de pobreza extrema certificada por el DANE que se toma como referencia para la determinación de la Renta Básica Solidaria, con la periodicidad que se determine en la reglamentación que expida sobre la materia, como lo afirma el parágrafo 1° del artículo 17 de la ley 2381 de 2024.

Por ende, los beneficiarios exclusivos de este pilar se concentran en dos grandes grupos, los cuales deben estar acreditados y cumplir los requisitos establecidos en la ley, para recibir la **Renta Básica Solidaria**. Estos grupos serán:

A. ADULTOS MAYORES:

---

[72] DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA - DANE (31 de enero de 2025). Boletín técnico - Principales indicadores del mercado laboral Diciembre de 2024. https://www.dane.gov.co/files/operaciones/GEIH/bol-GEIH-dic2024.pdf

[73] DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA - DANE (12 de febrero de 2025). Boletín técnico - Ocupación informal Trimestre octubre - diciembre 2024. https://www.dane.gov.co/files/operaciones/GEIH/bol-GEIHEISS-oct-dic2024.pdf

[74] Comite Autonomo de la Regla Fiscal. (4 de junio de 2024). Tercera Actualización - Análisis Técnico sobre la Reforma Pensional. https://www.carf.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-247018%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased

Una de las poblaciones que hará parte de este pilar, serán los adultos mayores hombres mínimo de 65 años o mujeres de 60 años, que se encuentren en la situación de pobreza extrema o vulnerabilidad, acreditada por la reglamentación que se expida. Cabe aclarar, que aún no se deja claro, cómo se realizará la determinada clasificación de la línea que traza la definición de pobreza extrema y vulnerabilidad. Actualmente, la normativa solamente cuenta con el apoyo del DANE, quien tendrá la función de certificar y establecer esta línea, para así permitir la actualización del valor correspondiente a la renta solidaria que se otorgara.

B. PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL:

Por otro lado, el pilar solidario también acogerá a la población que disponga de una pérdida de la capacidad laboral (PCL) igual o superior al 50%. Sin embargo, en este caso, la edad para los hombres será igual o mayor a 55 años de edad y para las mujeres será igual o mayor a 50 años de edad.

Se debe recordar que la Pérdida de la Capacidad Laboral, en Colombia, es la clasificación del grado de limitación de una persona en función de su porcentaje de disminución de la capacidad productiva (CSJ SL 2711 - 2022). Es decir, la PCL es el reconocimiento de las limitaciones y afectaciones, ya sean permanentes o temporales, que se observa en la salud de las personas; estas mismas limitaciones, se convierten en una barrera para la actividad social y laboral de la persona, impidiendo gozar libremente de la plenitud de sus derechos, produciendo disminución física, mental y/o sensorial (CSJ SL 1057-2021).

De igual modo, la reforma pensional establece ciertos requisitos y condiciones para quienes desean aplicar a este pilar: la persona deberá (i) ser residente en Colombia, por un periodo o no menor a 10 años, acreditando este requisito hasta la fecha de la solicitud para acceder a la renta básica solidaria. (ii) La persona no debe tener reconocido el derecho a la pensión, ya sea como titular o beneficiario de pensiones de sobrevivencia.

Dejando esto en claro, también debemos agregar que los parágrafos 3, 5 y 6 del artículo 17 de la ley 2381 de 2024, permiten que también sean beneficiarios del pilar solidario siguientes poblaciones:

- Personas que pertenezcan a pueblos/comunidades indígenas, negras, afroamericanos, raizales, y palenqueros, quienes hagan parte del censo registrado en el Ministerio del Interior.
- Comunidades campesinas que se encuentren en el Registro Administrativo de Campesinado, el cual será creado por el Ministerio del Interior y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural con acompañamiento técnico del DANE.
- Personas cuidadoras de personas con discapacidad que por el trabajo de cuidado que realizan no cuentan con ingresos propios, siempre y cuando no cumplan con los requisitos para acceder a los demás pilares y acrediten el requisito de edad y de focalización del pilar solidario. Este último grupo, se encuentra regulado por el Ministerio de Salud y Protección Social, de acuerdo con el artículo de la ley 2297 del 2023.

Por otro lado, el Pilar Semicontributivo, planteado por el artículo 18 de la ley 2381 de 2024 se encuentra diseñado para las personas que realicen aportes y coticen un número menor de mil (1.000) semanas, completando un rango entre trescientas (300) semanas cotizadas, hasta novecientas (999) semanas cotizadas al sistema pensional. El pilar semicontributivo establece que, sus beneficiarios estarán categorizados en 2 grupos, los cuales serán:

A. ELEGIBLES PARA EL PILAR SEMI CONTRIBUTIVO

El inciso primero (a) del artículo 18 de la ley 2381 de 2024 establece que el primer grupo que hará parte del pilar semicontributivo, serán las personas que cumplan los requisitos que se explicarán más adelante y hagan parte del sector social que es elegible para el pilar solidario, es decir, que aún así cuente con el número de semanas cotizadas al sistema de pensión (entre 300 a 999 semanas cotizadas), siguen haciendo parte e integran el grupo de población en situación

de pobreza extrema o vulnerabilidad, conforme a la focalización que establezca el Gobierno Nacional y/o poseer una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%.

La norma aplicable, contempla que para este grupo (Pilar Semicontributivo) el beneficio que se otorgara consistirá en una **Renta vitalicia** que se determinará de dos maneras[75]:

I. Para el Componente de Prima Media del Pilar Contributivo[76], se usará el valor de las cotizaciones traído al valor presente con la inflación a fin del periodo del Índice de Precios al Consumidor (IPC) publicado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Es decir, la renta vitalicia se le asignará dependiendo del valor de las cotizaciones realizadas, con la actualización del IPC al valor presente.

II. Para el Componente Complementario de Ahorro Individual del Pilar Contributivo[77], el saldo de la cuenta de ahorro individual. Es decir, si usted aportó valores que excedieron los 2.3 salarios mínimos legales vigentes, se le realizará el cálculo dependiendo del saldo total de la cuenta de su ahorro individual.

B. NO ELEGIBLES PARA EL PILAR SOLIDARIO

[75] Congreso de Colombia. (16 de julio de 2024). Artículo 18 inciso a-ii. Sistema de protección social integral para la vejez, invalidez y muerte de origen común. [Ley 2381 de 2024]. https://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/30051782?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0

[76] El pilar Contributivo, regulado por el artículo 19 de la ley 2381, establece que estará comprometido de 2 componentes; Entre ellos el Componente de Prima Media. Este Componente establece que estará compuesto por los afiliados al Pilar Contributivo y recibirá las cotizaciones por los ingresos base de cotizaciones por los ingresos base de cotización entre un (1) salario mínimo legal y hasta dos punto tres (2.3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

[77] El pilar Contributivo, regulado por el artículo 19 de la ley 2381, establece que estará comprometido de 2 componentes; Entre ellos el Componente Complementario de Ahorro Individual, el cual recibirá las cotizaciones por la parte del ingreso base de cotización que exceda los dos puntos tres (2.3) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El inciso segundo (b) del artículo 18 de la ley 2381 de 2024 establece que el segundo grupo que hará parte del pilar semicontributivo, serán las personas que cumplan los requisitos que se explicarán más adelante y **NO** hagan parte del grupo elegible para el Pilar Solidario.

La norma aplicable, contempla que para este grupo el beneficio que se otorgara consistirá en una **Renta vitalicia** que se determinará de dos maneras, diferentes a las mencionadas anteriormente:

I. Para el Componente de Prima Media del Pilar Contributivo, el valor de las cotizaciones traído a valor presente con la inflación fin de período del Índice de Precios al Consumidor (IPC) publicado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) aumentado en un 3% efectivo anual y un subsidio, equivalente al 20% en el caso de los hombres y 30% para las mujeres, del saldo restante. Es decir, la renta vitalicia se le asignará dependiendo del valor de las cotizaciones realizadas, con la actualización del IPC al valor presente aumentando un 3%, más un subsidio que otorga el Gobierno Nacional dependiendo del sexo de la persona.

II. Para el Componente Complementario de Ahorro Individual del Pilar Contributivo, el saldo de la cuenta de ahorro individual, que incluye bonos pensionales (BEPS) si hubiere lugar.

De esta manera, para hacerlo un poco más ilustrativo, el Ministerio de Hacienda, nos suministro la siguiente tabla, bajo la cual se ejemplifica como se otorgara la renta vitalicia:

Tabla #1.

RENTAS VITALICIAS PARA UN IBC DE 1 SMMLV		
SEMANAS	MUJERES	HOMBRES

COTIZADAS		
300	$84.322	$82.956
400	$112.429	$110.608
500	$140.536	$138.260
600	$168.644	$165.913
700	$196.751	$193.565
800	$224.858	$221.217
900	$252.965	$248.869
999	$280.792	$276.244

Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Dejando esto en claro, también debemos aclarar lo establecido en los parágrafos del artículo 18 de la ley 2381 de 2024, en donde se reguló:

I. PERSONAS CON INGRESO INFERIOR AL SALARIO MÍNIMO

La reforma pensional establece que las personas que hayan obtenido un ingreso menor al salario mínimo, y a su vez hayan realizado aportes a través de Beneficios Economicos Periodicos (BEPS), podrán incluir dentro de la suma que determinará la Renta Vitalicia el valor de dichos aportes traídos a valor presente con la inflación de periodo del Índice de Precios al Consumidor (IPC) publicado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) con un subsidio mínimo del 30% de conformidad con la normatividad vigente o la que expida el Gobierno Nacional, o ser susceptibles de devolución, en su totalidad y en un solo pago, previo el cumplimiento de los respectivos requisitos de edad, establecidos en la normatividad vigente. Estos beneficiarios de acuerdo con la focalización podrán recibir el Pilar Solidario si cumplen los requisitos establecidos en el artículo 17 de la presente ley.

II. CONDICIONES Y RESTRICCIONES DE LA RENTA VITALICIA III.

El artículo 18 (sic) establece ciertas restricciones para la renta vitalicia, afirmando que:

(i) Esta no podrá superar el 80% del salario mínimo

(ii) la renta vitalicia **NO** podrá ser sustituible por muerte, ni heredable.

(iii) Este valor, no reemplaza el equivalente a una pensión.

Es decir, en ningún caso la Renta Vitalicia de que trata el presente artículo constituye una pensión y solo se podrá acceder a ella luego del agotamiento de las otras posibilidades que ofrece esta ley en materia de equivalencias. Mientras no se cumpla el requisito de edad de este pilar y se cumplan los requisitos de cotización, se mantendrán la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte, y a su vez, imposibilita al afiliado a realizar el retiro, sustitución o sucesión del valor entregado.

IV. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA

Para los afiliados que hayan cotizado hasta 299 semanas se les otorgará una indemnización sustitutiva en la misma forma como está previsto en el artículo 37 de la ley 100 de 1993 para el Componente de Prima Media y en el caso de que tengan ahorros en su cuenta individual, la Devolución de Saldos y sus rendimientos en el Componente Complementario de Ahorro Individual, se hará en la misma forma tal como está previsto en el artículo 66 de la ley 100 de 1993. Deberán manifestar al fondo pensional su intención de acogerse a esta modalidad.

2. IMPACTO SOCIO-ECONÓMICO DE LA REFORMA PENSIONAL.

Como se ha mencionado a lo largo de este escrito, la reforma pensional no nos deja en claro si, ¿busca proteger o desproteger inconscientemente a las personas más vulnerables? Todos tenemos conocimiento, de que los fundamentos iniciales de este proyecto de ley, nacieron bajo las propuestas de poder garantizar un reconocimiento pensional para todos los colombianos, enfocándose en aquellas personas que, dadas

sus condiciones, no han podido o no podrán cumplir con el estándar o el umbral planteado por los requisitos del esquema tradicional, ampliando la cobertura del sistema, reconociendo subsidios y rentas vitalicias a este grupo poblacional.

Sin embargo, luego del estudio y explicación de cada pilar que se implementara, podemos afirmar que la realidad del nuevo sistema pensional desconoce el derecho real de las personas a una pensión digna, y a su vez, su propósito de ampliar la protección y amparo que brindaría a determinada población. Por lo cual, la propuesta de transición entre ambos pilares trae consigo una problemática; el traslado automático del pilar solidario al pilar semicontributivo, el cual puede llegar a limitar el derecho de elección de los cotizantes, al igual que desconocer esa situación de pobreza extrema, lo cual podría generar una situación de desprotección al ciudadano.

Como se mencionó anteriormente, en Colombia las tasas de desempleo y de informalidad son del 9.1% y del 55.8%, según información proporcionada por la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) del DANE. Esto hace referencia a que en Colombia, el índice de personas que hace parte de la informalidad y el desempleo, representan a sectores vulnerables, es decir, bajo el reconocimiento de la situación de pobreza, pobreza extrema y/o vulnerabilidad. De esta manera, y tomando como fundamento lo establecido en la misma reforma pensional, el pilar Solidario y Semicontributivo acogerán a aquellas personas que sus cotizaciones representan un número de semanas “bajo” y que a su vez se encuentren en la focalización, que se realizará por medio de la línea de pobreza extrema certificada por el DANE.

Esta afirmación representa una gran problemática en torno a la economía individual de todos los ciudadanos que llegaran a estar cobijados por estos pilares por las siguientes razones:

1. La propuesta de la reforma pensional tiene el objetivo de garantizar una Renta Básica Solidaria o “subsidio” a los adultos mayores que se encuentren en situación de pobreza extrema. Este subsidio, se estima, será de 223 mil pesos mensuales, el cual se actualizará con el IPC. Sin embargo, este pilar solidario, no busca aplicar derechos pensionales, sino reconocer un valor de ayuda para esta población, lo que no garantiza realmente el acceso a una pensión digna, si no un subsidio más.

2. El valor correspondiente a la "Renta Básica Solidaria", que estará establecido por la línea de pobreza extrema, desconoce a aquellos que se encuentren en situación de pobreza extrema, pero que por sus cotizaciones se le asignó el pilar Semicontributivo, generando su desprotección al asumir que ya no se encuentra en situación de vulnerabilidad (Tabla #1).

3. Las personas que califiquen al Pilar Semicontributivo, por exceder las 299 semanas, pero que aún así no logren un valor de aportes "adecuado" y que aún contemplen la situación de vulnerabilidad y pobreza extrema, recibirán una "Renta Vitalicia" correspondiente al valor sus aportes con un subsidio, el cual dependerá de las políticas públicas del Gobierno Nacional, o ser susceptibles de devolución. Esta normativa establece una desigualdad para aquel que realizó aportes, con respecto de aquellos que se encuentren cobijados por el Pilar solidario, "premiando" a quien no realice aportes.

Lo anterior es debido a que el valor correspondiente a la "Renta Vitalicia" que se va a otorgar se encuentra limitada por disposición legal, en donde se afirma que esta no podrá sobrepasar el 80% del salario mínimo, al igual que, el cálculo correspondiente a una persona, que de manera escasa, pasó el umbral de las 299 semanas cotizadas, será menor que el cálculo asignado a la "Renta Básica Solidaria" del pilar Solidario.

4. La reforma Pensional trae consigo una limitante con respecto a la transición del pilar semicontributivo al Solidario, vulnerando el derecho de elección y de garantizar que se reconozca adecuadamente las condiciones de cada individuo sin asumir su estado socio-económico. De tal forma que la dificultad de regresar al pilar solidario, para una persona seleccionada para el Pilar Semicontributivo representa un claro error y vulneración en contra del derecho a una pensión digna.

5. La anterior política, genera una influencia negativa en la costumbre social, dando un entendimiento equívoco sobre los beneficios de la informalidad. Logrando que las personas prefieran dejar de realizar aportes y "guardar" dichos montos, esperando que el Estado les asigne la Renta Básica Solidaria, la cual sería mayor que la posible "pensión" que llegaron a contemplar en el Pilar Semicontributivo. Por lo cual, se debe dejar claro el

objetivo de la reforma pensional, ¿El Estado busca proteger o desproteger a aquellos que se encuentren en la línea de la pobreza extrema y condición de vulnerabilidad?

3. DESIGUALDAD ENTRE PILARES

Como se ha afirmado anteriormente, el valor correspondiente a la "Renta Vitalicia" que se va a otorgar se encuentra limitada por disposición legal, en donde se afirma que esta no podrá sobrepasar el 80% del salario mínimo, al igual que, el cálculo correspondiente a una persona, que de manera escasa, pasó el umbral de las 299 semanas cotizadas, será menor que el cálculo asignado a la "Renta Básica Solidaria" del pilar Solidario.

De esta manera, para materializar la importancia de esta problemática y de nuestra investigación, realizamos un cálculo mediante el cual se usó los datos otorgados por el Ministerio de Hacienda, sobre la Renta Vitalicia del Pilar Semi contributivo, y los datos otorgados en la misma ley 2381 de 2024 sobre la Renta Básica Solidaria del Pilar Solidario, para ejemplificar lo que realmente otorga el nuevo sistema pensional a los ciudadanos.

A continuación, encontrarán una gráfica que corresponde al análisis del Pilar Semi contributivo, comparado con lo que ganaría una persona, en caso de que ahorrara ese mismo valor en un CDT de NU BANK:

Semanas	Años	Renta Vitalicia Mujer (+30%)	Renta Vitalicia Hombre (+20%)	Capital Fondo (8% EA)	Capital CDT NU BANK (10% EA)	Renta Mensual CDT NU BANK (10% EA)[78]
300	.8	$84,322	$82,956	$38,200,000	$28,600,000	$238,333
400	.7	$112,429	$110,608	$51,000,000	$38,200,000	$318,333
500	.6	$140,536	$138,260	$63,700,000	$47,700,000	$397,500
600	1.5	$168,644	$165,913	$76,400,000	$57,300,000	$477,500
700	3.5	$196,751	$193,565	$89,200,000	$66,900,000	$557,500
800	5.4	$224,858	$221,217	$101,900,000	$76,400,000	$636,667
900	7.3	$252,965	$248,869	$114,600,000	$86,000,000	$716,667

[78] El cálculo se realizó con un Salario Mínimo.

Semanas	Años	Renta Vitalicia Mujer (+30%)	Renta Vitalicia Hombre (+20%)	Capital Fondo (8% EA)	Capital CDT NU BANK (10% EA)	Renta Mensual CDT NU BANK (10% EA)[78]
999	19.2	$280,792	$276,244	$127,300,000	$95,500,000	$795,833

La tabla anterior permite establecer un contraste entre los beneficios proyectados bajo el esquema de la Renta Vitalicia otorgada por el Pilar Semi contributivo y una simulación alternativa basada en un modelo de inversión individual mediante certificados de depósito a término (CDT) con una rentabilidad estimada del 10% EA. A través de esta comparación, se busca ilustrar las diferencias en términos de ingresos mensuales según el número de semanas cotizadas, evidenciando las limitaciones estructurales del sistema pensional público en lo que respecta a la proporcionalidad del esfuerzo contributivo y el retorno económico para los afiliados.

En esta proyección se utiliza como variable inicial el total de semanas cotizadas (entre 300 y 999 semanas), umbral que define el acceso a la renta vitalicia dentro del pilar semicontributivo. La conversión a años laborales permite dimensionar el tiempo real de afiliación activa en el sistema. Sobre esta base, se incorporan las rentas vitalicias diferenciadas por sexo, ya que en el caso de las mujeres, se otorga un beneficio estatal del 30 % sobre el capital acumulado, y en el caso de los hombres, un 20 %.

Frente a este esquema público, se proyecta el comportamiento de una inversión individualizada bajo un CDT en el banco digital NU bank, con una rentabilidad anual del 10% EA, simulando una opción de ahorro individual y autónomo. De igual manera, se incluye, además, una comparación con una capitalización al 8 % EA, representativa del rendimiento estimado para fondos privados de pensiones. Con base en esos capitales, se calcula una renta mensual proporcional a un retiro del 10% anual (equivalente al 0,83 % mensual).

Este ejercicio comparativo, si bien no pretende sustituir el enfoque redistributivo del sistema público, sí permite advertir que el diseño actual de la Ley 2381 de 2024, el cual propone el sistema de pilares, puede resultar insuficiente para garantizar ingresos dignos en la vejez a quienes, pese a su esfuerzo contributivo, no logran alcanzar los requisitos para una pensión completa. El análisis pone en evidencia que, en determinados escenarios, el modelo estatal ofrece rentas inferiores a las que podrían obtenerse mediante esquemas alternativos de ahorro individual. La diferencia económica entre ambos pilares, y la imposibilidad de solicitar una devolución de saldos, representa un obstáculo significativo para la reducción de la informalidad. Esta característica del nuevo sistema pensional genera un efecto de "todo o nada" que desincentiva la formalización laboral, lo cual plantea interrogantes relevantes sobre la justicia, la eficiencia y la racionalidad económica del diseño actual del pilar semicontributivo.

De esta manera, el análisis comparativo desarrollado en esta sección evidencia con claridad las limitaciones estructurales del Pilar Semicontributivo creado por la Ley 2381 de 2024. A pesar de su intención redistributiva, este pilar no refleja de manera adecuada ni proporcional el esfuerzo contributivo de los trabajadores que han cotizado entre 300 y 999 semanas. De hecho, los beneficios que ofrece resultan en muchos casos inferiores a los otorgados por el Pilar Solidario, al que acceden personas que no lograron realizar aportes al sistema dadas diferentes circunstancias sociales y económicas, o incluso a los generados por mecanismos privados de ahorro como los CDT, sin contar con los mismos niveles de rigidez y restricción en el acceso a los fondos.

Esta situación plantea una paradoja preocupante; mientras el sistema público impone límites estrictos a los montos reconocidos por concepto de renta vitalicia y niega cualquier posibilidad de devolución de saldos acumulados, otras alternativas, como las alternativas privadas, permiten obtener mayores beneficios con menor intervención estatal, aunque sin garantía vitalicia. Esta asimetría no sólo vulnera principios de justicia contributiva, sino que además erosiona la legitimidad del sistema ante los ojos del cotizante, quien percibe que su esfuerzo no se traduce en una mejora proporcional de sus condiciones de retiro.

En términos prácticos, el modelo vigente genera un fuerte desincentivo para la formalización laboral, al consolidar una estructura de protección social basada en un

esquema binario: cotizar por debajo del umbral de 999 semanas no representa una protección significativa frente a no cotizar en absoluto. Esta lógica de "todo o nada", que impide valorar los esfuerzos intermedios, refuerza la informalidad estructural y desincentiva la inclusión de millones de trabajadores en el sistema. La exclusión de mecanismos de retiro o reembolso, así como la ausencia de escalonamientos más justos en el cálculo de las rentas, profundizan la sensación de pérdida o frustración frente al modelo.

Frente a este panorama, proponemos una reestructuración del Pilar Semicontributivo que contemple mecanismos más flexibles y transparentes para los afiliados. En primer lugar, el Gobierno nacional debería habilitar la posibilidad de elección entre permanecer en el régimen público semicontributivo o trasladarse a un esquema privado de capitalización, brindando información clara, imparcial y suficiente sobre los beneficios y riesgos de cada alternativa, al igual que permitiendo una libre competencia en el mercado, aumentando así las posibilidades de elección del ciudadano. En segundo lugar, se hace urgente estudiar la viabilidad de establecer un mecanismo de devolución parcial de saldos a quienes no deseen permanecer en el sistema público, permitiendo una mayor autonomía patrimonial y un incentivo real a la cotización. Solo mediante el rediseño de estos elementos se podrá garantizar un sistema pensional que sea económicamente racional, jurídicamente equitativo y socialmente sostenible.

4. CONSIDERACIONES FINALES

La reforma pensional introducida por la Ley 2381 de 2024 representa un intento ambicioso por rediseñar el sistema de protección social en la vejez bajo una estructura de pilares diferenciados. Sin embargo, el análisis normativo, económico y comparado realizado a lo largo de esta investigación ha permitido evidenciar una serie de tensiones estructurales que afectan la coherencia interna, la justicia contributiva y la sostenibilidad del modelo. Particularmente, el diseño del Pilar Semicontributivo, lejos de incentivar el ahorro y la formalización, podría estar generando efectos contrarios a los objetivos declarados de la reforma. A continuación, se sintetizan las principales conclusiones extraídas del estudio, las cuales plantean desafíos normativos, fiscales y sociales que deben ser considerados en eventuales ajustes legislativos o reglamentarios:

- El Pilar Solidario puede resultar más atractivo que el Semicontributivo, ya que otorga una renta sin necesidad de cotizaciones, lo cual puede desincentivar el ahorro previsional y el esfuerzo contributivo.

- Se generan incentivos a la informalidad laboral, ya que quienes no cotizan pueden acceder a beneficios similares o incluso superiores a quienes cotizaron parcialmente.

- Se crea una barrera de entrada a la formalización, especialmente entre trabajadores de bajos ingresos, al percibir que cotizar al sistema no representa una ventaja significativa frente a recibir ayudas no contributivas.

- El modelo plantea riesgos para la sostenibilidad fiscal del país, al depender en gran medida de recursos públicos para financiar transferencias a una población creciente, sin el respaldo de cotizaciones suficientes.

- La no devolución de saldos genera sensación de pérdida y una renta baja para quienes no logran pensionarse. Se propone permitir la devolución parcial o total de estos fondos para que los afiliados puedan invertirlos y obtener mayor rentabilidad.

- La ausencia de devolución de saldos genera una sensación de pérdida del ahorro individual y una renta mucho menor a la esperada para quienes no logren cumplir los requisitos para acceder a una pensión. Para mitigar este problema, se propone establecer mecanismos que permitan la devolución parcial o total de los saldos acumulados por los afiliados que no alcancen a pensionarse, y así tengan más posibilidades ya sea de inversión de ese dinero que les produzca más rentabilidad.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- *La reforma pensional es hoy Ley de la República. Colombia asegura una vejez digna para todos y todas*. Colpensiones. 31 de agosto de 2024. https://www.colpensiones.gov.co/publicaciones/5045/la-reforma-pensional-es-hoy-ley-de-la-republica-colombia-asegura-una-vejez-digna-para-todos-y-todas/

- González, S. (2024, 9 julio). *¿Cómo funcionará el pilar semicontributivo de la Reforma Pensional? El País América Colombia.* https://elpais.com/america-colombia/2024-07-09/como-funcionara-el-pilar-semicontributivo-de-la-reforma-pensional.html

- Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (1 de julio de 2011). Comunicado de prensa 025.

https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/content/conn/ConexionContent/path/Enterprise%20Libraries/Minhacienda/saladeprensa/Comunicados/a2011/025%20sostenibilidadFiscalUnaReformaparacumplir.pdf.

● Sánchez, C., (2024, 17 julio). *La pobreza desciende en Colombia, pero la inequidad se mantiene.* El País América Colombia. https://elpais.com/america-colombia/2024-07-17/la-pobreza-desciende-en-colombia-pero-la-inequidad-se-mantiene.html

● Periódico UNAL. *Informalidad laboral en Colombia: la necesidad de explorar formas diversas y atípicas*. https://periodico.unal.edu.co/articulos/informalidad-laboral-en-colombia-la-necesidad-de-explorar-formas-diversas-y-atipicas

● *Empleo informal*. OIT/Cinterfor. https://www.oitcinterfor.org/taxonomy/term/3366

● *Sostenibilidad fiscal: un acto de responsabilidad con las futuras generaciones.* Ámbito Jurídico. https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo-y-contratacion/sostenibilidad-fiscal-un-acto-de-responsabilidad-con-las

● Departamento Nacional de Planeación. (23 de Mayo de 2024). *Seguridad social integral.* https://www.dnp.gov.co/LaEntidad_/subdireccion-general-prospectiva-desarrollo-nacional/direccion-desarrollo-social/Paginas/seguridad-social-integral.aspx

● Constitución Política de Colombia [Cons]. Art. 49. 7 de julio de 1991 (Colombia).

● DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA - DANE (31 de enero de 2025). Boletín técnico - Principales indicadores del mercado laboral Diciembre de 2024. https://www.dane.gov.co/files/operaciones/GEIH/bol-GEIH-dic2024.pdf

● DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA - DANE (12 de febrero de 2025). Boletín técnico - Ocupación informal Trimestre octubre - diciembre 2024. https://www.dane.gov.co/files/operaciones/GEIH/bol-GEIHEISS-oct-dic2024.pdf

HACIA UNA LEGISLACIÓN INCLUSIVA: LICENCIAS PARENTALES PARA PAREJAS HOMOSEXUALES Y PERSONAS NO BINARIAS COLOMBIA VS PORTUGAL

Daniela Jheraldinne Ibarra Arias[79]

María Fernanda Chavarro Tesillo[80]

Nicole Yuliana Murcia Severiche[81]

Resumen: *A lo largo de la historia, la comunidad LGBTIQ+ se ha visto discriminada en diferentes aspectos y escenarios, entre ellos la salud, el área laboral y social. En los últimos años se ha comenzado a prevenir y protocolizar a través de varias leyes y jurisprudencias tanto en Colombia, como en Portugal, la erradicación de estereotipos discriminatorios en materia de género. Específicamente, en materia de licencia de maternidad y paternidad. Sin embargo, actualmente no hay legislación sobre este tema con relación a la licencia parental en personas de género no binario y parejas homosexuales.*

Por lo anterior, este artículo de investigación busca analizar y comparar tanto la legislación colombiana como la de Portugal en licencias parentales, con el fin de determinar brechas y nuevas oportunidades para las personas de género no binario y las parejas del mismo sexo.

Abstract: *Throughout history, the LGBTIQ+ community has faced discrimination in various aspects and scenarios, including health, the workplace, and social settings. In recent years, efforts have begun to prevent and protocolize the eradication of discriminatory stereotypes regarding gender through various laws and jurisprudences in both Colombia and Portugal. Specifically, this concerns maternity and paternity leave. However, there is currently no legislation on this matter regarding parental leave for non-binary individuals and same-sex couples.*

Therefore, this research article seeks to analyze and compare both Colombian and Portuguese legislation on parental leaves, in order to identify gaps and new opportunities for non-binary individuals and same-sex couples.

[79] Est. 9no semestre de Derecho, Facultad de Humanidades. Universidad del Magdalena.
[80] Est. 8vo semestre de Derecho Facultad de Humanidades. Universidad del Magdalena.
[81] Est. 8vo semestre de Derecho Facultad de Humanidades. Universidad del Magdalena.

***Sumario**: 1. Introducción. 1.1 Contexto y relevancia del estudio. 1.2 Planteamiento del problema.*
1.3 Objetivos de la investigación. 1.4 Metodología. 2. Marco teórico. 2.1 Concepto de género e identidad de género. 2.2 Personas trans y de género no binario. 2.3 Homoparentalidad y licencias homoparentales. 3. Licencias parentales a parejas del mismo sexo: Contraste de realidades jurídicas entre Colombia y Portugal. 3.1 Colombia. 3.2 Portugal. 3.2.1 Contraste con el sistema colombiano. 4. Licencias parentales a personas trans y personas no binarias: Contraste de realidades jurídicas entre Colombia y Portugal. 4.1 Licencias parentales a personas trans y de género no binario en Colombia a la luz de la Sentencia C-324/24. 4.2 Derechos de parejas del mismo sexo y personas no binarias. 4.3 Estudio comparativo entre Colombia y Portugal sobre las licencias parentales para las personas trans y de género no binario. 5. Conclusiones. 6. Recomendaciones 7. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

Históricamente, la comunidad LGTBIQ+ ha sido discriminada en múltiples escenarios, incluido el ámbito laboral. En los últimos años, con muchas dificultades, se han implementado medidas para prevenir y erradicar estereotipos discriminatorios en materia de género a través de diversas leyes y jurisprudencia en Colombia y otros países. Sin embargo, persisten importantes vacíos normativos que afectan especialmente a parejas homosexuales, personas trans y personas de género no binario en el reconocimiento de derechos laborales y de seguridad social, entre ellos, las licencias parentales.

Las licencias parentales, entendida como una prestación económica reconocida a los progenitores por el Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia, les permite ausentarse del trabajo para el cuidado del menor recién nacido o adoptado, son un mecanismo de protección de la familia y de estabilidad laboral. No obstante, en la legislación colombiana, la regulación de estas licencias ha seguido un modelo binario y heteronormativo, lo que ha dejado por fuera a parejas del mismo sexo, personas trans y personas no binarias. Ejemplo de ello es la Ley 2114 de 2021, que amplió la licencia de paternidad y creó nuevas modalidades como la licencia parental compartida y flexible, pero sin incluir expresamente a familias homoparentales, personas trans, ni a personas cuya identidad de género no encaja en la dicotomía hombre-mujer.

En contraste, en Portugal se han dado avances importantes en materia de licencias parentales, aunque persisten ciertos vacíos normativos en relación con las personas no binarias. El Código del Trabajo de Portugal reconoce la posibilidad de distribuir la licencia parental entre los progenitores sin distinción de género, lo que permite mayor equidad para las parejas del mismo sexo. Además, la Ley N.º 38/2018 establece el derecho a la autodeterminación de la identidad y expresión de género, eliminando la necesidad de un diagnóstico médico para el reconocimiento legal de la identidad de género. Sin embargo, aunque Portugal ha avanzado en el reconocimiento de derechos para las personas trans, la normativa laboral sigue respondiendo a un modelo binario, lo que genera incertidumbre para las personas no binarias en el acceso a licencias parentales.

En este sentido, el problema jurídico central de esta investigación es si existe el reconocimiento legal y jurisprudencial de licencias parentales para parejas homosexuales, las personas trans y personas de género no binario en Colombia y Portugal. Se analizará si este vacío genera barreras en el acceso a estos derechos, afectando principios como la igualdad y la no discriminación.

De manera que, el objetivo general de esta investigación es determinar si existe el reconocimiento legal y jurisprudencial de licencias parentales para parejas homosexuales, las personas trans y personas de género no binario en Colombia y Portugal. Para alcanzar este propósito, se plantean los siguientes objetivos específicos:

1. Examinar el reconocimiento de la comunidad LGTBIQ+ en el ámbito de la seguridad social colombiana, con énfasis en las parejas del mismo sexo y personas de género no binario.
2. Analizar la legislación y jurisprudencia colombiana en relación con las licencias parentales, identificando posibles barreras en su aplicación a parejas homosexuales y personas no binarias.
3. Comparar el tratamiento de las licencias parentales en Colombia y Portugal, evaluando cómo este último país ha abordado la inclusión de familias diversas en su marco normativo y jurisprudencial.

En cuanto a la metodología, se empleará un enfoque jurídico, documental y comparado. Se analizará en detalle la legislación colombiana y portuguesa, junto con la jurisprudencia relevante en ambas jurisdicciones. A partir de ello, se identificarán barreras normativas, así como buenas prácticas que puedan servir de modelo para una mayor inclusión en Colombia.

El reconocimiento de licencias parentales para parejas homosexuales y personas de género no binario es un tema fundamental para garantizar la igualdad de derechos en el ámbito laboral. En este contexto, esta investigación busca contribuir al fortalecimiento de la protección laboral de la comunidad LGTBIQ+, proponiendo soluciones jurídicas concretas para el reconocimiento pleno de las licencias de maternidad y paternidad en contextos diversos.

2. Marco teórico

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2018) se entiende por género los roles, las características y oportunidades definidos por la sociedad que se consideran apropiados para los hombres, las mujeres, los niños, las niñas y las personas con identidades no binarias. Así mismo que el género es producto de las relaciones entre las personas y puede reflejar la distribución de poder entre ellas. El género interactúa con el sexo biológico, pero este es un concepto distinto.

Por su parte, la identidad de género se refiere al reconocimiento y autopercepción de cada persona respecto al género con el cual se identifica, que puede o no coincidir con el asignado al nacer. Esta noción abarca no solo las categorías tradicionales de hombre y mujer, sino también diversas identidades que trascienden dicho binomio, especialmente en el caso de personas trans. En ese sentido atañe a una experiencia profundamente personal, que puede estar relacionada o no con el sexo biológico o con las expectativas sociales, y puede incluir el deseo de modificar el cuerpo a través de medios médicos o quirúrgicos. Siendo diferente La identidad de género a la orientación sexual, pues esta última se refiere a la atracción afectiva o sexual hacia otras personas.

Así mismo, (Lamas, 1996) define el género como una construcción simbólica en el ámbito de las ciencias sociales, la cual regula y condiciona tanto la conducta objetiva como subjetiva de las personas. En ese sentido, mediante el proceso de constitución del género, la sociedad configura las ideas sobre lo que debe considerarse masculino o femenino, así como aquello que se presume característico de cada sexo. Sin embargo, estos esquemas tradicionales han sido cuestionado por el reconocimiento de identidades que no se ajustan a los parámetros de género, lo que ha llevado al surgimiento de categorías como las personas trans y el género no binario.

En este contexto, Según (Altamiranda, 2022) el género no binario se ve como una forma de interpretar el mundo de una forma deconstruida, en donde surge la necesidad de reconocer a aquellas personas que no se sienten identificadas con un

género impuesto por la sociedad, sea hombre o mujer. De manera que, las personas de género no binario tienen identidades de género que no corresponden exclusivamente a las categorías binarias de mujer u hombre, así algunas personas no binarias tienen un género que combina elementos de lo que es ser un hombre o una mujer, y algunas personas no binarias no se identifican con ningún género (Moseson, 2020).

A su vez, una persona transgénero es aquella cuya identidad de género no se alinea con el sexo asignado al nacer. Este concepto, desde una perspectiva antropológica, abarca a individuos, comportamientos y grupos que desafían los roles de género tradicionales y binarios, trascendiendo las fronteras impuestas por la construcción sociocultural de la identidad de género. Ser transgénero no implica necesariamente un deseo de reasignación quirúrgica, ya que la identidad de género no se define exclusivamente por características biológicas, sino por la vivencia y la autopercepción de cada individuo en su contexto social y cultural. (Bergero & otros, 2008)

Por último, es menester tener claridad - para fines de la presente investigación - el concepto de homoparentalidad, definido como la posibilidad legal de que dos personas del mismo sexo puedan constituir un núcleo familiar formal con capacidad para apoyarse solidariamente, engendrar, educar y convivir con hijos reconocidos como tales y gozar de reconocimiento pleno ante el Estado y la sociedad (Castellar, 2010).

3. Licencias parentales a parejas del mismo sexo: Contraste de realidades jurídicas entre Colombia y Portugal

3.1 Colombia

En Colombia, el tema del reconocimiento de licencias parentales a parejas homosexuales ha ido evolucionando en materia jurisprudencial constitucional hacía horizontes más igualitarios, no diríase lo mismo del desarrollo legal de la materia. Para comprender lo anterior basta con remitirse a la sentencia C-415/2022, emitida por la Honorable Corte Constitucional. En el presente caso se resuelve acción de inconstitucionalidad frente al artículo 2 de la ley 2112 de 2021 “Por medio de la cual se amplía la licencia de paternidad, se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial, se modifica el artículo 236 y se adiciona el artículo 241A del Código Sustantivo del Trabajo, y se dictan otras disposiciones” al considerar

que vulneró el derecho a la familia, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, en ocasión a esta la Corte muy acertadamente dicto lo siguiente:

> *"(...)* ***al reconocerse que las familias conformadas por personas del mismo sexo adoptantes también deben atender labores de cuidado ante la llegada de un niño o niña a sus vidas, no resulta justificado que su hipótesis no se encuentre prevista, es decir cómo repartir el banco de semanas.*** *Y resultaría incompatible asignar a una misma pareja dos licencias de maternidad o dos de paternidad, pues en el primer evento una pareja recibiría 36 semanas con cargo al sistema general de seguridad social y, en el segundo 4 semanas. Esto implica que efectivamente carece de razón la exclusión de estas hipótesis en una disposición que debía contemplarlas, además como concreción del deber específico de cuidado y de protección a la niñez."* (Sentencia C- 415, 2022) (subrayado fuera de texto)

En virtud de la anterior sentencia aditiva, se exhortó al Congreso de la República a legislar sobre el sistema de reconocimiento de licencias parentales a parejas del mismo sexo, cuestión que para comienzos del año 2025 aún no ha sido resuelta. Empero, gracias a la decisión adoptada se fijó lo siguiente, a saber:

> ***"A juicio de la Corte, en este asunto, lo que corresponde es que sean los integrantes de la pareja del mismo sexo adoptante quienes definan, por una sola vez, quien disfrutará de cada prestación en las mismas condiciones previstas para las familias heteroparentales adoptantes.*** *Esto responde de mejor manera a la forma en la que se concreta el deber específico de cuidado y protección a la niñez, para gestionar equitativamente el cuidado del menor adoptado, a la par que permite evitar distinciones odiosas basadas en la orientación sexual."* (Sentencia C- 415, 2022)

Conviene resaltar que, pese a que la solución es transitoria en la medida que se tome una decisión legislativa y que se dirige taxativamente a las parejas homosexuales adoptantes, el precedente jurisprudencial que se ha marcado es de especial importancia para la seguridad social colombiana.

3.2 Portugal

En cuanto se refiere a Portugal, es posible identificar una gran decisión en el marco jurisprudencial internacional con respecto al tema del homosexualismo y los derechos paterno-filiales desde la Sentencia de Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal

(1999), en la cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que rechazar al demandante la custodia de su hija por su orientación sexual era una discriminación en el derecho a la vida familiar contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal sostuvo por primera vez en su jurisprudencia que la homosexualidad debía verse como una categoría dentro del artículo 14 del Convenio. Resaltando entonces que el derecho a la familia y a la custodia del menor no deben estar mermados por sesgos de orientación sexual que constituyen en realidad discriminación no legítima, sino más bien coherentes con el bienestar superior del menor.

Actualmente, y de otra mano, para adentrarse de lleno al sistema de licencias parentales reconocido a parejas homosexuales es necesario remitirse al Código del trabajo de Portugal, que en su artículo 40 numerales 2 y 3 señala que las madres y padres trabajadores tienen derecho, a partir del nacimiento de un hijo, a una licencia parental inicial de 120 o 150 días consecutivos, que podrán dividir después del nacimiento, o que podrá ser disfrutado simultáneamente por los padres durante un período comprendido entre 120 y 150 días (República, 2009). El grado de diferencia con Colombia radica tanto en el término como en la modalidad de distribución obligatorio; toda vez que, en este último país la licencia de maternidad es de 18 semanas, que equivaldrían a 126 días y el del padre es de 2 semanas, que en suma darían un total de 130 días, una cifra intermedia en relación con la que maneja el Estado de Portugal. En síntesis, en el país anteriormente citado son los padres quienes deciden si se va a disfrutar de tal licencia de manera concurrente o dividir dicho término de una determinada manera respetando siempre el tiempo de recuperación física de la madre, caso diferente al colombiano en el que la ley ha determinado de manera precisa la diferencia de tiempo en la de maternidad y de paternidad, y que en el caso de parejas homosexuales adoptantes deben decidir por una única vez que miembro recibirá cuál de las dos respectivamente.

El sistema de licencias anteriormente expuesto aplica para las parejas del mismo sexo en Portugal, conducente es, que el artículo 33 del Código de Trabajo que data de la Crianza de los hijos resalta primeramente que la parentalidad constituye valores sociales inminente y que en virtud a ello el Estado debe proteger a los trabajadores en el ejercicio de la paternidad. Luego, el articulo 33-A ibidem estipula:

> *"1º - Todas las referencias hechas en este inciso a la madre y al padre se consideran hechas a los titulares de la patria potestad, salvo las que deriven de la condición biológica de estos últimos. (...).* ***3º - Lo dispuesto en los***

artículos 44 y 64 se aplica a las situaciones de adopción por parejas del mismo sexo.” (República, 2009) (Añadido por el artículo 3 de la Ley Nº 90/2019 - Boletín Oficial Nº 169/2019, Serie I de 04-09-2019)

Para desentrañar lo mencionado se comprende que el artículo 44 sobre el permiso de adopción establece:

> ***1º - En caso de adopción de un niño menor de 15 años, el futuro adoptante tiene derecho a la licencia a que se refieren los # 1º a 3º del artículo 40.*** *# 2º. 3º - En caso de adopciones múltiples, el período de licencia a que se refiere el # 1 se aumenta en 30 días y el período de licencia a que se refiere el # 2 se aumenta en 2 días, por cada adopción además de la primera. 4º - Si hay dos candidatos a la adopción, la licencia deberá tomarse de conformidad con los apartados 1 a 3 del artículo 40.* 5º - ***El candidato a la adopción no tiene derecho a licencia en el caso de adopción de un hijo del cónyuge o de una persona con quien viva en unión estable.*** 6º - *El futuro adoptante podrá disfrutar de hasta 30 días de licencia parental inicial durante el periodo de transición y seguimiento. 7º - A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, el futuro adoptante que pretenda disfrutar de la licencia parental inicial deberá comunicar tal propósito al empleador y presentar documento acreditativo del período de transición y seguimiento, facilitando esta información con 10 días de antelación o, en caso de urgencia acreditada, lo antes posible* (República, 2009). (subrayado fuera de texto)

3.2.1 Contraste con el sistema colombiano

De lo anterior podemos deducir que existe en el ordenamiento jurídico de Portugal normas claras y precisas que indican que las mismas disposiciones que gobiernan el banco de repartición de las licencias para padres adoptantes también aplica y debe ser reconocida a parejas adoptantes del mismo sexo. En ese sentido, es más que asertivo el cuerpo legislativo de tal país al prever taxativamente lo que el Congreso de la República de Colombia no pudo considerar.

El segundo apartado subrayado, correspondiente al artículo 44 del Código de Trabajo de Portugal sobre el permiso de adopción, se trae a colación, a saber, porque en el salvamento de votos de la sentencia ya enunciada, C-415/2022, uno de los Magistrados en su salvamento de voto se hacía la siguiente pregunta: *¿cómo se regula la licencia en la época del parto cuando se trata de una pareja del mismo sexo y uno*

de los integrantes de la familia es el padre o madre biológica del menor de edad? (2022). De ello es dable responder que en Portugal la respuesta sería que no gozaría de tal licencia parental. Afirmación tal, que sería interesante fundamentar en el hecho de que tal persona no necesitaría de tal periodo pues ya ha convivido por un período prolongado con el menor antes de adoptarlo y en virtud de ello no es coherente reconocer toda vez que no necesita acoplar su vida a la del menor y establecer un tiempo de reconocimiento mutuo. Para los demás casos se entiende entonces que lo anterior no aplicaría.

No obstante, en ambos países se advierte luego de un análisis y revisión jurídica que ninguno de los dos posee una legislación específica en materia de licencias parentales a parejas del mismo sexo que no fueren adoptantes, desencadenando una laguna normativa frente a una realidad social cada vez más evidente.

4. Licencias parentales a personas trans y personas no binarias: Contraste de realidades jurídicas entre Colombia y Portugal.

4.1 Licencias parentales a personas trans y de género no binario en Colombia a la luz de la Sentencia C-324/2

El artículo 236 del Código Sustantivo del trabajo regula las licencias de maternidad en Colombia empleando como términos "trabajadora, mujer y madre" para referirse a quienes se benefician de este derecho. No obstante, resulta notorio que la normativa laboral no extiende la titularidad del derecho para las personas trans o no binarios quienes también ejercen la maternidad, y en consecuencia requieren de una licencia. Esta omisión legislativa crea un vacío normativo e implica una desprotección laboral para acceder a estos derechos parentales.

Frente a esto, la Corte Constitucional expuso en la Sentencia C-324 de 2023,

> *"los hombres trans y personas no binarias que no se identifican con la expresión mujer y relacionadas, en efecto, están excluidas de los supuestos previstos por el artículo 236 del CST que determinan quienes acceden a la protección por parto y qué roles parentales están protegidos. Tal situación hace explícita una disposición infra inclusiva."* (C-324 , 2023)

En concreto, no se debe pasar por alto que, independientemente de su identidad de género, las personas pueden adoptar, quedar en embarazo, gestar y dar a luz. Estas situaciones son independientes de la forma en que cada individuo se perciba a sí mismo, por lo que la ley debe reconocer y proteger sus derechos como madres o padres.

En principio, podría pensarse que la no inclusión de este grupo poblacional en la norma no representaría un problema significativo para la aplicación o el acceso a estos derechos. Sin embargo, la problemática abre paso a cuestionarse ¿qué sucede cuando una persona no binaria o alguien que no se identifica con el género designado por la norma, solicita la licencia de maternidad?, ¿cómo procede el sistema general de seguridad social en salud frente a estos casos?

En la práctica, es muy difícil para las personas trans o las personas no binarias acceder a las licencias de parentales que, por ley, se les reconoce. Esto debido a que, las EPS, encargadas de otorgar la licencia, se adhieren estrictamente a lo expresado por la norma para concederlas, por lo que, si la persona no se identifica con ninguno de estos géneros, se crea una resistencia al proceso que configura, a su vez, una barrera para acceder a la prestación.

La intervención del ACEMI en la sentencia C-324/23 sostiene que la ADRES en ocasiones anteriores ha negado licencias a personas de genero diverso fundamentándose en que no se acredita que son "mujeres" beneficiarias de la licencia, razón por la cual, el grupo poblacional afectado no le que queda otra opción, sino acudir a la acción subsidiaria de tutela para el reconocimiento de la prestación. En concordancia, la ACEMI expresa que *"Las EPS actualmente deben verificar el género de la persona afiliada para efectos de reconocer la licencia de maternidad y, si la otorgan a una persona de género diferente, la ADRES glosa su pago."* (C-324 , 2023). Esta declaración no revela más qué la cruda realidad de los efectos vastos que origina la expresión excluyente en la normativa y las barreras que invisibilizan y amenazan los derechos parentales.

La falta del reconocimiento de esta licencia para las personas trans y quienes se identifican con el género no binario las coloca en una situación de vulnerabilidad frente al resto de la población y frente a sus empleadores, dado que se ven obligados a gozar de su maternidad o del receso reconocido por la ley sin un respaldo económico que les permita afrontar las necesidades que emergen con la nueva etapa, lo cual compromete su estabilidad financiera. Aunado a ello, su estado de indefensión se agrava al no contar con una protección legal completa para ausentarse al trabajo,

permitiendo al empleador aprovecharse del vacío legal para ejecutar un despedido injustificado.

En esta misma línea, tampoco se contempla el cuidado necesario que la persona gestante requiere posterior al parto por lo que denegarle la prestación que le concede el receso, pone en riesgo el bienestar físico y emocional de la persona, al tiempo que agrede su integridad y dignidad.

A juicio de la Corte, la disposición normativa establecida en el artículo 236 del CST sí configura una discriminación injustificada hacía de las personas trans y los no binarios al no emplear un lenguaje neutro que incluya a toda la población que puedan desempeñar un papel en la maternidad e incluso restringe la interpretación extensiva de las disposiciones a personas que no sean exclusivamente mujeres. Adicionalmente, agrega que excluir del beneficio de la prestación a este grupo social corresponde una grave carencia de protección desde el punto de vista constitucional y una afectación a los derechos de los hombres trans y de las personas de genero no binario, cuando se ha determinado que uno de los objetivos constitucionales de la licencia remunerada es facilitar la recuperación y el descanso de las personas que han pasado por un embarazo o que tienen a su cargo la labor parental.

Necesario es agregar que la Corte determina que la omisión legislativa de este grupo poblacional en la regulación de las licencias parentales trae consecuencias jurídicas y sociales representadas en;

> *"(a) la invisibilización de este grupo social y (b) la desprotección de las personas gestantes y adoptantes que no se auto reconocen con dicho género, los niños y niñas, las familias diversas. En efecto, al no extenderse la titularidad de esta prestación a las personas que ejercen su rol parental pero no se reconocen como mujer, se perpetúa en su contra un patrón de invisibilización."* (C-324 , 2023)

De lo anterior resulta importante destacar, que el reconocimiento de derechos parentales no se limita exclusivamente a los beneficios que se les otorgan a las personas gestantes durante y después del parto. Las licencias también proporcionan un entorno propicio para fortalecer lazos familiares y promover el bienestar del menor en condiciones dignas y de calidad. Desde una perspectiva de derecho es ineludible que

se garantice a través de esta prestación la protección de la familia independientemente de la diversidad de los padres.

Después de un análisis exhaustivo, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-324 del 2023 amplió la titularidad de la licencia de maternidad hacia las personas trans y la de quienes se identifican con el género no binario, reconociéndolas como sujetos con la posibilidad de adoptar, gestar, dar a luz y representar un rol activo en la crianza parental. Así mismo, destacó que la exclusión en la legislación representa una discriminación estructural, sistemática e interseccional, por lo que instó a interpretar la norma con un carácter evolutivo correspondiente al contexto social.

Ciertamente, es claro para la Corte que legislar sobre derechos para la comunidad LGTBIQ+ en cuestiones laborales significa avanzar a la construcción de una sociedad más justa y equitativa. Pese a ello, su pronunciamiento no es una medida suficiente para acabar con las barreras al acceso de las licencias parentales, pues la sentencia sigue dejando vacíos respecto a la problemática.

Actualmente, las licencias parentales están constituidas en una concepción binaria del género, lo que causa una incertidumbre en casos donde la pareja no se identifica con ninguno de los dos géneros. Si bien, ya se determinó que ambos son titulares de tal prestación, aún no existe claridad acerca de cómo serán distribuidas las licencias, cuál les va a aplicar a cada uno, si cada miembro libremente deberá optar por una o si será la entidad quien tenga la potestad de concederlas según su criterio. La decisión no aborda una solución definitiva para el conflicto emergente, de manera que, muchos cuestionamientos e inquietudes siguen sin ser resueltos.

Si bien, no se desconoce el avance que el pronunciamiento de la Corte Constitucional desencadena respecto a la problemática planteada, tampoco se ignora que, sin una legislación detallada del Congreso, que regule la aplicación y el acceso de las licencias parentales, seguirán existiendo vacíos normativos y barreras estructurales para la aplicación efectiva de los derechos parentales de esta comunidad. Es imperioso entonces y, en ese sentido, que exista un marco normativo que abarque aspectos clave cómo el reconocimiento de la prestación, requisitos de entrega y sanciones en caso de negarla.

4.2 Estudio comparativo entre Colombia y Portugal sobre las licencias parentales para las personas trans y de género no binario

Con la llegada de la Lei n.º 38/2018 de 7 de agosto del país europeo, la cual regula el "Direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à proteção das características sexuais de cada pessoa" (Derecho a la autodeterminación de identidad de género y expresión de género y a la protección de las características sexuales de cada persona), Portugal ha dado pasos importantes en el reconocimiento de la identidad de género. Esta ley establece que las personas trans pueden cambiar su género legal sin necesidad de un diagnóstico médico, asegurando su derecho a la autodeterminación. Sin embargo, la legislación no hace referencia explícita a las personas no binarias, lo que crea un vacío normativo en diversas áreas, incluida la regulación de licencias parentales

Actualmente, el Código de Trabajo portugués reconoce el derecho a la licencia parental para padres y madres, estableciendo un marco de derechos y obligaciones para garantizar el bienestar del menor y la corresponsabilidad parental. No obstante, la redacción de la legislación sigue respondiendo a un modelo binario de género, lo que deja en una situación de incertidumbre a aquellas personas que no se identifican ni como hombres ni como mujeres. La falta de reconocimiento explícito de las personas no binarias en las disposiciones laborales genera barreras administrativas y jurídicas, afectando su acceso igualitario a estos derechos.

Así las cosas, a pesar de los avances en materia de identidad de género en Portugal, el reconocimiento de derechos para las personas no binarias en el ámbito laboral y de licencias parentales sigue siendo inexistente. La falta de normativas específicas que contemplen a las personas no binarias no solo es un problema técnico dentro del derecho laboral, sino que también evidencia la resistencia de las instituciones a modificar estructuras que ya no responden a la realidad social, entendiendo que la ausencia de medidas que garanticen su inclusión y reconocimiento legal perpetúa el ocultamiento de estas identidades y refuerza la necesidad urgente de un cambio jurídico que garantice la igualdad de derechos para todas las personas, sin distinción de género.

Por otro lado, en Colombia, la jurisprudencia constitucional ha avanzado en la protección de los derechos de las personas no binarias, particularmente con la sentencia T-033 de 2022, en la cual la Corte Constitucional reconoció la necesidad de incluir categorías de género no binarias en los documentos oficiales.

"El cambio de paradigma sobre la forma de entender el componente sexo de la identificación ciudadana ha tenido una evolución que inició con una concepción biológica de aquel (mujer-hombre). En virtud de esta, el ítem "sexo", al referirse a masculino o femenino, daba cuenta de una realidad anatómica y de corporalidades específicas. No obstante, la evolución jurisprudencial implicó que la información consignada en ese campo debiera entenderse como una decisión personal, lo que coincide con la definición de [...]

[...] La identidad de género no binaria es comprendida como aquella que, al no concebirse en el marco de las categorías dicotómicas, masculino o femenino, se aleja del sistema mayoritario de sexo-género, binario por tradición cultural. Las personas no binarias no se encuentran representadas, en sus vivencias, por ninguna de las categorías de género existentes en ese sistema".

En este sentido, mientras Portugal ha avanzado en el reconocimiento del derecho a la autodeterminación de género, su legislación laboral aún presenta vacíos en cuanto a la protección de las personas no binarias en el ámbito de las licencias parentales. A su turno, Colombia ha logrado un desarrollo jurisprudencial importante en la verificación de las identidades no binarias, pero enfrenta desafíos similares en la implementación de medidas concretas que garanticen su acceso igualitario a derechos laborales y de seguridad social.

5. Conclusiones

En una sociedad que se encuentra en constante transformación y en donde la diversidad y autodeterminación de género cobran mayor importancia y peso en el desarrollo social de una estructuración u organización de Estados más inclusivos, resulta fundamental analizar y comparar la legislación colombiana y portuguesa en materia de licencias parentales. Este ejercicio permite reflexionar sobre la necesidad de eliminar barreras históricas y avanzar hacia un desarrollo colectivo que garantice la protección de los derechos laborales y la seguridad social en el entorno familiar.

A lo largo del estudio se evidenciaron tanto los avances en el reconocimiento de derechos para familia diversa, que son, aquellas conformadas por personas del mismo sexo y parejas de género no binario, como las persistentes lagunas normativas

que al enmarcarse en una concepción hetero binaria del género, generan exclusión y desafíos en la garantía y aplicabilidad de sus derechos.

De acuerdo con los hechos constatados y plasmados se pone en relieve, que en Colombia los avances en materia de el reconocimiento a las licencias parentales para las familias homoparentales, personas trans y de género no binario, se han dado únicamente por vía jurisprudencial, dejando un vacío legislativo que sigue desconociendo y vulnerando derechos de la población LGTBIQ+ al no incluir de manera expresa y explícita a estas comunidades en los ordenamientos jurídicos del país.

Por otra parte, en Portugal, el Código del Trabajo regula explícitamente el acceso de parejas homosexuales adoptantes a las mismas licencias que las heterosexuales, asegurando claridad y equidad en el reconocimiento de sus derechos. Dejando en manifiesto por medio de esta situación, la necesidad de una evolución normativa que integre un enfoque más inclusivo en ambos sistemas jurídicos, asegurando la protección efectiva de todas las personas, sin importar su identidad de género.

Sumado a esto las parejas homosexuales adoptantes deben decidir una única vez quién recibirá cada licencia (maternidad de 18 semanas o paternidad de 2 semanas), a diferencia de que en Portugal se pueden distribuir libremente el tiempo de licencia dentro del rango de 120 a 150 días.

Otro punto por enfatizar entre Colombia y Portugal es el concepto de parentalidad que desarrollan, puesto que, en Colombia se siguen usando los términos bases como "maternidad" y "paternidad", mientras que en Portugal se usa el término "titulares de la patria potestad", dando una mayor amplitud de las personas que pueden ser afectadas e involucradas a través de esta conceptualización y así evitando distinciones de género.

Empero, el sistema legislativo se ha quedado corto en crear un marco jurídico inclusivo para las familias homoparentales, personas trans y de género no binario, pues a la fecha no existe una reglamentación detallada que regula los procedimientos y el acceso efectivo de las licencias para este grupo poblacional. Es imposible negar, que, sin lineamientos precisos, el reconocimiento de estos beneficios queda a interpretaciones desmedidas de entidades o empleadores que imposibiliten el acceso equitativo. Solo a través del desarrollo legislativo se garantiza que el derecho de la licencia parental sea universal, justo, efectivo y libre de discriminación.

6. Recomendaciones

Conforme a la problemática planteada, es fundamental adoptar medidas que garanticen el acceso equitativo a las licencias parentales para las parejas de la comunidad LGBTIQ+. En este sentido, se sugiere lo siguiente:

- Realizar un análisis exhaustivo de todas las normativas vigentes que regulen el sistema de licencias parentales en inclusión de las parejas de la comunidad LGBTIQ+ y se establezcan esos baches y vacíos legales, que entorpezcan la obtención de este derecho en estás comunidades.

- Desarrollar un estudio sociológico enfocado en las personas que integran estas comunidades, con el propósito de comprender cómo se desenvuelven en la sociedad en general y, en particular, en el acceso a trámites jurídicos y beneficios laborales. Esto permitiría al Estado visibilizar y abordar de manera efectiva las problemáticas existentes al momento de constituir una familia, generando así herramientas jurídicas adecuadas.

- Implementar normativas que regulen la aplicación de las licencias parentales desde la diversidad de género, contemplando disposiciones con lenguaje neutro e inclusivo para evitar discriminación. Para ello es fundamental que la ley abandone la percepción binaria actual de las licencias y se planten la posibilidad de incorporar una categoría de prestación parental neutra.

- Tomar en cuenta el desarrollo legislativo de ambas naciones para así tener como guía mutua el avance que ha ejercido cada una de ellas, intercambiando así perspectivas de las realidades de la mencionada comunidad LGBTIQ+, llevando así una adopción legal conforme a la necesidad de cada país y estableciendo así un progreso y ampliación jurídico normativo.

7. Referencias

Altamiranda, S. J. (2022). El género no binario como manera deconstruidade interpretar el mundo. *Disertaciones*, 67-85.

Bergero, T., & otros, y. (2008). Una reflexión sobre el concepto de género alrededor de la transexualidad. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*.

Case of Salgueiro da Silva Mouta v Portugal , App no 33290/96 (TEDH 21 de Diciembre de 1999).

Castellar, A. F. (2010). Familia y homoparentalidad: una revisión del tema. *CS*.

Lamas, M. (1996). La perspectiva de género . *La Tarea: Revista de Educación y Cultura de la Sección 47 del SNTE, (8)*.

Moseson, H. (2020). El imperativo de incluir los géneros no binarios y transgeneró. *Obstetrics & Gynecology*.

OMS. (23 de Agosto de 2018). *Organización Mundial de la Salud* . Obtenido de Género y Salud : https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/gender

República, A. d. (12 de febrero de 2009). Código do Trabalho Artigo 40. Portugal: Lei n.º 183/2009. Diário da República, 1.ª série, n.º 153, 5170-5198.

Sentencia C- 415, Expediente D-14820 (Corte Constitucional 23 de Noviembre de 2022).

Sentencia C-324 , expediente D-15103 (Corte Constitucional 24 de Agosto de 2023).

Oportunidades e Desafios da IA no Mundo do Trabalho

Oportunidades y desafíos de la IA en el mundo laboral

Deconstrucción digital y Derecho del Trabajo sin adjetivos

Digital Deconstruction and Labour Law without adjectives

In memoriam de Massimo d'Antona

Antonio Ojeda-Avilés[82]

***Resumen**: Se plantean los conceptos principales de la crisis del Derecho del Trabajo de finales del siglo XX y comienzos del presente para llegar a la cuestión de si nos hallamos ante un golpe mortal a esta rama del Derecho, o bien ns hallamos ante una deconstrucción o modificación estrutural con elementos nuevos que conviven con otros antiguos para llegar a un Derecho del Trabajo más internacional.*

***Abstract:** The main concepts of the crisis in labour law at the end of the 20th century and the beginning of the 21st century are discussed in order to address the question of whether we are facing a fatal blow to this branch of law, or whether we are witnessing a deconstruction or structural modification with new elements coexisting with old ones to achieve a more international labour law.*

***Sumario**: 1. Deconstrucción organizativa y respuesta epistemológica. 2. La triada expansiva del Derecho del Trabajo. 3. La destrucción creadora. 4. La sociedad activa. 5. División de opiniones.*

***Summary:** 1. Organisational deconstruction and epistemological response. 2. The expansive triad of labour law. 3. Creative destruction. 4. The active society. 5. Division of opinions.*

1. Deconstrucción organizativa y respuesta epistemológica

Poco antes de su trágica muerte y del final del siglo XX, en 1998, el profesor Massimo D'Antona proponía una reformulación del Derecho del Trabajo[83] a la vista

[82] Labour Law Professor (retired) at the University of Seville. President of the International Association of Social Protection-Asociación Internacional de Protección Social (IASP-AIPS.org). Fama Prize of the Seville University to the Research Activity. Doctor Honoris Causa from the Catholic University of Peru and from the National University Major of San Marcos.

[83] D'ANTONA, "La grande sfida delle transformazion del lavoro: ricentrare le tutele sulle esigenze del lavoratore come soggetto*",* en FAMATO (a cura di), *"I 'destini' del lavoro. Autonomia e subordinazione nella società postfordista,* Milano 1998, ahora en D'Antona, *Opere,* p. 258. Del mismo*,* "Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'indentità?", *Rivista Giuridica del Lavoro e Previdenza Sociale,* 49-2 (1998), pp. 311 ss., ahora en D'Antona, *Opere*, pp. 235 ss. CARUSO, Bruno, "Massimo D'Antona e l'idea di soggetto nel diritto del lavoro", Università di Catania, https://csdle.lex.unict.it › Articoli › 1-2023_Caruso. Ver también, entre otros, CORRADINO, Stefano, "Il lavoro senza aggettivi. Massimo D'Antona, ucciso diciassette anni fa", *Articolo 21,* 30 diciembre 2024; ABBRACIAVENTO, Giovanni,

de la profunda crisis del mismo provocada por el impacto de lo que se vino en llamar Tercera Revolución Industrial, la digital[84]: con clara visión sugería que la crisis provocada por el advenimiento y popularización de la redes informáticas repercutía sustancialmente en el *destinatario* al cual se dirigía el caudal de normas laborales, el trabajador, que era tanto como referirse a la *prestación* contemplada, el trabajo, y al *contrato* en que se comprometía dicha prestación, el contrato de trabajo. Y en efecto, aquel profundo cambio tecnológico había repercutido en la actividad económica durante la segunda mitad del siglo XX, y había provocado un cambio absoluto del perfil con el que se presentaba socialmente en el nuevo siglo, con un cambio equiparable al ocurrido con la aparición de las grandes fábricas del siglo XVIII y XIX y sus miles de trabajadores pululando alrededor de una máquina gigante cuyas pulsaciones dictaban la actividad dentro de los enormes edificios donde se encerraba a los obreros y obreras en jornadas extenuantes. Ahora el cambio radical se manifestaba en sentido contrario, merced a la total dispersión de los trabajadores en centros de trabajo mucho más pequeños, o en sus domicilios o a distancia, pero también dispersión de los empresarios en una vertebración en menores organizaciones sujetas a diversos tipos de conexión jurídica en cuyos recovecos las distancias tipológicas se difuminaban a medio camino entre lo mercantil y lo laboral. Subcontratistas, concesionarias, autónomos, semiautónomos y otras figuras empresariales intermedias formaban un *continuum* con el trabajador subordinado, con cuyas distintas especies trabajaban además hombro con hombro y entraban en relación,

"Un diritto preso sul serio. Massimo D'Antona tra crisi e modernizzazione del diritto del lavoro", *Italianieuropei* 4 (2008), pp. 14-53; EticaPA, "Job Act e recupero del pensiero di Massimo D'Antona", 9 agosto 2024; ROCELLA, Massimo, "Il pensiero di Massimo d'Antona sul diritto del lavoro, en *Biblioteca 20 Maggio* 1 (2014), pp. 535 ss.

[84] La Tercera Revolución Industrial, también conocida como Revolución Científico-Tecnológica, Revolución de la Inteligencia o Revolución Digital, es el proceso de **transformaciones profundas que tuvieron lugar a finales del siglo XX y comienzos del XXI en las tecnologías de la información y las comunicaciones** (TIC), como la generalización del uso de la informática, la tecnología digital e internet, y en otros ámbitos como la biotecnología La Tercera Revolución Industrial comenzó en la década de 1970, aunque tuvo como antecedentes el desarrollo de las primeras computadoras y de la placa de circuito integrado (el chip) a mediados del siglo XX**. Consistió en la introducción de la informática y la tecnología digital** en ámbitos como la producción (donde se desarrolló la automatización industrial) y las comunicaciones (en Concepto. de, https://concepto.de/tercera-revolucion-industrial/#ixzz8wTnGbORj).

si recordamos a las subcontratistas, filiales y concesionarias extranjeras de las cadenas de valor.

Se estaba produciendo una *deconstrucción* del entero Derecho del Trabajo, un reacondicionamiento de sus unidades complejas, aun cuando para algunos autores se trataba nada menos que de una destrucción acelerada del edificio, de una muerte o conversión de sus elementos jurídicos en otra cosa que ya no mantenía el perfil característico que le había dado su estructura clásica, tan peculiar, porque desaparecía engullido por las nuevas formas productivas para volver paradójicamente al seno de las figuras contractuales civiles y mercantiles más antiguas y "libres". Así se expresaban por ejemplo Keith Ewing sobre la muerte del Derecho del Trabajo, o Martín Valverde, sobre el discreto retorno del arrendamiento de servicios. Por su parte, la aspiración de muchos empresarios, de volver a un *statu quo* en donde poder actuar individualmente con plena autonomía, aparecía ahora como una proyección de futuro realista en la que inclusive los propios trabajadores gozaban de una gran libertad de movimientos, sujetos apenas por unos mecanismos electrónicos que les marcaban algunas pautas.

Pero no es lo mismo hablar de deconstrucción que de desaparición o muerte. En el primer enfoque, los elementos tradicionales se modifican y acaso surgen otros nuevos a su lado, en una inicial dispersión que paulatinamente irá delineando un nuevo Derecho del Trabajo. En el segundo, la pérdida de las características típicas del Derecho del Trabajo significa su desaparición en cuanto tal, pues no cabe transferirse una historia y esencia tan típicas como las de esta materia a situaciones con otro perfil. Y si en Ewing, por ejemplo, lo característico del Derecho del Trabajo ha sido el sindicato y su acción colectiva, o en Martín Valverde el contrato de trabajo y la subordinación, el raquitismo o la eventual desaparición de uno u otro no puede llevar más que a otra clase de disciplina jurídica.

2. La triada expansiva del Derecho del Trabajo

Entre 1975 y 2010 entramos en un período en donde se acelera hasta el paroxismo la digitalización de la economía, junto a otros fenómenos coadyuvantes, de manera que en esas cuatro o cinco décadas de fin de siglo y comienzo de uno nuevo pareciera como si el paisaje laboral cambiara a marchas forzadas debido al fuerte empuje de los servicios, a la disminución del núcleo del obrero de fábrica hasta

prácticamente desaparecer -y con ello, la crisis de los sindicatos-, y a un cambio de la actividad prevalente en donde las imponentes líneas de las grandes factorías vienen sustituídas por la homogénea alineación de los edificios de oficinas en las avenidas de la ciudad.

Como consecuencia se produce una expansión de tres tipos de trabajadores en la linde de la actividad subordinada, una linde que viene así alterada y, hasta cierto punto, desdibujada: me refiero al trabajo autónomo, al trabajo virtual y al trabajo a distancia, una triada con efectos expansivos sobre el Derecho del Trabajo que al mismo tiempo marca su crisis, como esos castillos de arena en la playa a los que el viento y el agua reducen en altura pero amplían en su perímetro. La materia comprendida durante tantos años en ese contenedor conceptual "trabajo subordinado", que constituía una rama consagrada de la Ciencia del Derecho, se dispersa ahora, en el cambio de siglo, y parece hacer realidad la fatalista constatación de que, con respecto a nuestra materia, las tres fases ortodoxas de la dialéctica no terminaban en una síntesis, sino en una dispersión y fragmentación de cuanto anteriormente aparecía unido por un vínculo especial y potente[85]. Una dialéctica negativa, dicho en otros términos, que daba al traste incluso con las interpretaciones ortodoxas de estos fenómenos de crisis.

Todavía en los primeros años del siglo XXI la crisis no era tan palmaria, y las premoniciones de D'Antona y los juristas que habían ahondado en las consecuencias de la revolución digital[86] podían verse rebatidas en cualquier momento por un retorno a los cauces consolidados. Un nuevo acontecimiento acelera el proceso en 2008, con la crisis económica mundial de aquel momento: en palabras de Rocella, "en los '90 soplaban ya los fuertes vientos de la globalización y la revolución tecnológica, pero no había llegado el tsunami de la crisis mundial de 2008, con la crisis financiera de las hipotecas subprime"[87]. Y por si eso fuera poco, la crisis pandémica del covid 2018-

[85] Para mayores detalles me remito a mi escrito "La dialéctica negativa como realidad del Derecho del Trabajo", *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social,* 62 (2022).

[86] SUPIOT, Alain, et alii, *Au-delà de l'emploi: Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion 1999. FREEDLAND Mark, y KOUNTOURIS Nicola (2011), *The legal construction of personal work relations*, Oxford University Press 2011. Posteriormente, Contouris (sic), en colaboración con Di Stefano, Valerio, han llevado a cabo una amplia profundización en el concepto y sus consecuencias merced a numerosos libros y artículos.

[87] ROCELLA, Massimo, "Il pensiero di Massimo d'Antona sul diritto del lavoro", en *Biblioteca 20 Maggio* 1 (2014), p. 535. Véase la evolución sufrida por los dos grandes protagonistas del contrato de trabajo, el trabajador y el empresario, así como el contrato de trabajo, al salir de aquella crisis mundial, en mi libro *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Wolters Kluwer-La Ley, Cizur Menor 2010, *passim,* donde se analizan en tres Partes al empleador atípico, el trabajador nomádico y el contrato deslizante.

2019 ha terminado por consolidar una rotunda transformación del tejido económico en un nuevo horizonte global donde lo material pugna por mantener su predominio sobre lo virtual y tal parece como si estuviera perdiendo[88]. Solo con mirar el listado de las empresas más poderosas del mundo podemos concluir que, al menos desde el aspecto de las cuentas de resultados, las empresas dedicadas a la actividad virtual van ganando la batalla: si hasta hace muy poco las compañías con mayor capital mundial eran las petrolíferas, en el momento presente ocupan un lugar secundario, y no digamos ya las dedicadas a actividades industriales, en beneficio de las dedicadas a los servicios informáticos y actividades relacionadas con el mundo alternativo o virtual[89].

Así pues, la entera economía, y, con ella, el trabajo y las empresas, se encuentran en plena reordenación de sus concepciones y fórmulas jurídicas, y advertimos una relativa suavización de las estructuras jurídicas, un cambio de porcentajes que podríamos llamar paramétrico, que no alcanza a una debacle estructural, a una desaparición: sencillamente cuanto ocurre responde al proceso de venir a menos los perfiles habituales para tomar impulso en una nueva estructura compleja que, con los mismos materiales pero en distintas medidas y conexiones, emerge para sustituir el anterior. Junto a los mismos actores aparecen otros nuevos, y al lado de las fábricas toman impulso los servicios y el trabajo a distancia, pero el relevo no es radical, sino paulatino: permaneciendo las fórmulas habituales, otras antaño minoritarias toman impulso y disputan el predominio a las clásicas.

3. La destrucción creadora

[88] "Early in 2020, when large sections of the workforce were prevented from coming to their usual places of work, remote work became the only way for many professions to continue to perform their economic activities and provide their services", sugieren Nicola Countouris, Valerio De Stefano, Agnieszka Piasna and Silvia Rainone, "Introduction", en los mismos, *The Future of Remote Work*, Bruselas: European Union Institute, 2023, p. **7.** En el mismo volume, vid. además sobre el cambio de paradigma las observaciones de MESSENGER, Jon C.**, "**Some reflections on the experience of telework during the Covid-19 pandemic: a paradigm shift and its implications for the world of work", pp. 19 ss. Para este autor, p. 20, "the vast majority of those workers who were capable of doing their jobs remotely began working from home".

[89] Las 20 empresas más grandes del mundo en 2024, según datos de Bloomberg, han sido las siguientes: 1. Apple; 2.Nvidia; 3. Microsoft; 4.Google; 5. Amazon; 6.Aramco; 7. Meta; 8. Tesla; 9.Broadcom; 10. Bershire Hathaway; 11. TSMC; 12. Ell Lilly; 13. Walmart; 14. JP Morgan; 15. Visa; 16; Tencent; 17. Mastercard; 18. United Health; 10. Oracle; 20. Exxon Mobile.

Se trata de un fenómeno muy conocido en la economía, el de destrucción creadora[90], pero también en el Derecho del Trabajo, probablemente como evolución secuencial tras las fases macroeconómicas. Y así vemos cómo la ciencia jurídica oficial ha hablado durante décadas del nacimiento de esta rama del Derecho a resultas de la Revolución Industrial en el siglo XVIII, pero contratos de trabajo, trabajadores libres subordinados y empleo dependiente, así como empleadores con personal laboral, siempre han existido, en cuantías no determinantes desde luego durante los siglos de esclavitud primero y de servidumbre después, para dejarlos atrás con la invención del maquinismo y las grandes fábricas[91].

4. La sociedad activa

Para D'Antona era también significativa, en la evolución entre los siglos XX y XXI, la apuesta de la Unión Europea por una *sociedad activa* en donde se contemplaba a todos los brazos disponibles, y no solo los de los trabajadores dependientes, posiblemente a causa de los orígenes comerciales en la Comunidad Económica Europea[92]. Naturalmente que tal influjo no podía predicarse de los Estados situados fuera del ámbito de actuación de esta fórmula, pero, al afectar a países determinantes en el conjunto mundial, es necesario tenerlo en cuenta. Semejante centralidad europea

---

[90] Recuérdese la teoría de este mismo nombre debida al economista SCHUMPETER, en *Capitalismo, Socialismo y Democracia,* 1942, y su doctrina del "viento perenne de destrucción creadora", de donde proviene la frase "vendaval de Schumpeter".

[91] Para un estudio global de la evolución me permito remitir a mi libro *Las cien almas del contrato de trabajo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2017, *passim.* La aparición de las grandes fábricas para suministro de las legiones se remonta probablemente a Diocleciano en el siglo III en los extremos del Imperio Romano, y, por cuanto hace a los uniformes (paludamentum, sagum, bracae, paenula, focale, tunica, etc.), especialmente en el norte de la Galia (Flandes) con las fábricas de prendas de lana del ejército, aprovechando la calidad de este material y los tintes del país y también de la lana inglesa. Vid. sobre las túnicas de manga larga en las tropas del norte del Imperio y la influencia de las tropas auxiliares en ellas, GORDON ZAN, Adrián, "Vestimenta militar romana durante el siglo III d.C. Influencia bárbara y climática", *Saldvie* 17 (2017), pp. 102-105; "Fábricas del Imperio Romano", *Top War,* 25 agosto 2021, internet, para la condición libre y la retribución de los trabajadores en esas grandes fábricas, obreros que percibían un stipendium y se encuadraban, o no, en las unidades militares respectivas. Sobre estas fábricas de paños, paulatinamente extendidas sobre todo a Brujas, Gante, Ypres, Lille, Douai, Arras y Tournai, unidas por las ferias convocadas en las ciudades de Thourout, Arras y Tournai, vid. PIRENNE, Henri, *Las ciudades de la Edad Media*, Madrid: Alianza Editorial 2007, p. 68. Los ríos enlazan la producción de las ciudades, no solo en Flandes, sino también en Francia, Alemania e Inglaterra, y en el siglo XII se transforma definitivamente la Europa occidental, rompiendo las estructuras del sistema señorial, como indica de nuevo Pirenne (*ibidem,* p. 69). Y cuando el intenso comercio del Mar Báltico y del Norte se unen al denso y antiguo comercio del Mediterráneo, merced sobre todo a la línea comercial terrestre que unía ya en el siglo XII a Brujas con Venecia, no solo el sistema feudal, sino también el sistema gremial comenzaron a declinar en beneficio del sistema contractual.

[92] ROCELLA, Massimo, *op. cit.,* p. 542.

y la jerarquización normativa dentro de la Unión, al someter las normas estatales al imperio de las comunitarias bajo la vigilancia del Tribunal de Justicia Europeo, conducen a un fuerte impacto del concepto de sociedad activa a la hora de formular una visión conjunta de la economía y de sus agentes, tanto autónomos como subordinados. Junto a lo cual, habríamos de añadir que, por encima de las palabras, la unión de unos países antaño rivales ha interiorizado la competencia entre las empresas, que ya no pueden parapetarse tras las normas aduaneras de sus respectivos Estados, ni en los ámbitos discrepantes de la laboralidad en unos u otros, por mucho que las normas comunitarias remitan constantemente al concepto de laboralidad de cada país miembro. Esa competencia interior sin aduanas influye también en operaciones mercantiles de absorción, fusión y centralización que en definitiva han creado una miríada de filiales, subcontratistas y franquiciadas, en grupos empresariales con fuerte dependencia de la empresa madre.

En todo caso, la formulación de D'Antona reflejó fielmente cuanto sucedía, en una evolución a cuya virtud confluían numerosas clases de empresarios autónomos con diversas categorías de trabajadores cualificados. En algún momento, y comenzando por las normas sobre protección del riesgos laborales y Seguridad Social, las leyes reguladoras del trabajo subordinado comienzan a aplicarse a los autónomos, y también aparecen normas referentes a situaciones híbridas, con denominaciones como *trade* (trabajadores dependientes económicamente) en España, *lavoro agile* en Italia, o *zero hours contract* en Reino Unido y Alemania. La ampliación del ámbito repercute en círculos aún mayores al pensar en los trabajos mínimos de ese "precariado" que Guy Standing sitúa como la nueva frontera[93], allí donde es incluso difícil detectar alguna clase de contrato entre las partes, y que conecta con la actividad menuda de las clases más desfavorecidas los países en desarrollo del Sur Global, de actividades esporádicas, no formalizadas e inespecíficas, donde las medidas adoptadas por el Estado como protección social coexisten con los mínimos ingresos de esos colectivos, incluso por debajo de la nueva clase social que ha aparecido con el nombre del trabajadores pobres, los *working poors*. Por no hablar de la actividad de doble condición, más frecuente de cuanto parece, sobre todo desde que el trabajo digital permite compatibilizar las actividades autónomas con las subordinadas mediante el pluriempleo.

[93] STANDING, Guy, *The precariat: The new dangerous class,* Bloomsbury Publishing 2011.

Pero no vamos a profundizar aquí en el ámbito personal del Derecho del Trabajo determinado nominativamente, sino que nuestro propósito ha sido presentar, a través de las reflexiones de un estudioso pionero del Derecho del Trabajo, hasta qué punto han cambiado los denominados *indicios o criterios de laboralidad*, o rasgos característicos a cuya virtud cabe determinar cuándo debe aplicarse a una relación jurídica la panoplia de normas protectoras del Derecho del Trabajo.

Pues una vez que hemos advertido hasta qué punto la evolución económica y social ha diluído la calificación inicial de "trabajo subordinado" y se ha abierto la frontera con otras situaciones próximas, el mero nominalismo de trabajador u obrero, de jornada o de salario, de horas extra o vacaciones, no es suficiente para determinar la inclusión o exclusión en el ámbito aplicativo de esta rama jurídica. En otras palabras, ni el Derecho del Trabajo ni la Seguridad Social vienen sujetas actualmente al ámbito del trabajo dependiente clásico, sino que se amplían hacia otras situaciones en donde los *indicios de laboralidad* mantenidos durante dos siglos pierden fuerza y se está cada vez más a los *indicios de sujeción organizativa* en donde a veces lo determinante es la capacidad de una estructura socioeconómica, en determinar el quehacer productivo de una persona, ahora de forma separada e independiente de la subordinación física, donde lo definitivo radicaba en ciertos datos de inmediatez como el sometimiento a horario o la presencia en el centro de trabajo del empresario.

En ese momento de oro las legislaciones europeas varían bastante unas de otras, entre otras cosas porque la evolución de las actividades ha podido acercarlas o alejarlas del estándar contemplado en el Derecho del Trabajo de ese país, asimismo sometido a los vaivenes históricos de su progresiva ampliación, desde el primitivo Derecho Obrero hasta su situación actual, que puede comprender o no a enormes categorías como las de los funcionarios, los autónomos dependientes o los trabajadores por tiempo determinado, pongamos por caso.

5. División de opiniones

Para algunos, se ha producido algo similar a la desaparición del Derecho del Trabajo, unas veces por la pérdida de sus rasgos definitorios que marcaron profundamente instituciones "de clase" como los sindicatos, las huelgas o los convenios colectivos, y para otros se ha producido una reinserción en el seno del Derecho Común o Civil, con un discreto retorno del arrendamiento de servicios. Pero

también podemos pensar, y esa es la opinión de quien escribe, en una laboralización de grandes espacios del Derecho Civil, Mercantil y Administrativo, aun a fuer de perder la nitidez con que lo laboral se movía en otras épocas. Ahora la materia laboral y de seguridad social se tiene en cuenta incluso a la hora de establecer las reglas de la competencia leal entre empresas, ese ámbito puramente mercantil en donde se permitían situaciones de explotación de personas porque la competencia mercantil era "otra cosa". En el momento presente, y en buena parte debido a la internacionalización de la economía y a la difusión de los medios de comunicación y digitales masivos, las conductas antilaborales y el *dumping social* que parecía apoderarse de toda la economía mediante aquella "carrera hacia el fondo" (*rush to the bottom*) de los países avanzados de que nos hablaba temerosamente Sir "Bill" Wedderburn of Charlton[94], parece irse acompasando con una carrera a la inversa en las economías menos desarrolladas, y un resultado final cada vez más regido por los instrumentos jurídicos internacionales.

En algunos países europeos parece haber prevalecido la opinión de que el Derecho del Trabajo ya se transformó en otra parte del Ordenamiento, cuando no quedó subsumido en los bloques habituales del Derecho Privado que Napoleón marcó con la edición de sus Códigos. La nueva percepción de las estándares laborales como integrantes de la competencia mercantil leal está produciendo sin embargo un fenómeno de atención renovada hacia esos estándares cuyo mejor exponente posiblemente lo encontremos en los más modernos Acuerdos Regionales de Libre Comercio, o en convenios mercantiles como el de NAFTA 2.0 (o también TLCAN 2.0) entre México, Estados Unidos y Canadá de 2020, donde los asuntos laborales adquieren gran importancia por razones de competencia mercantil entre dichos países.

Ese mismo afán de competencia leal está llevando ahora a los países que en su momento procedieron a externalizar sus producciones hacia países del Tercer Mundo, en una huida sin rubor de los estándares laborales, a pedir ahora a esos mismos países que los cumplan religiosamente y a condenar a los países donde las prácticas abusivas se producen. Y, podemos decir, lo están consiguiendo.

---

[94] Y que, al límite, presenciaba escenas como la actuación de los convenios denominados "de proximidad" firmados entre el empresario y las representaciones sindicales de empresa, o los convenios colectivos "in deroga", con capacidad para regular a la baja normas estatales, y de las que Di Stasi se preguntaba si constituían una construcción edípica, a la sombra del Acuerdo Interconederal de 28 de juio de 2011 (DI STASI, *Il potere sindacale nell'ordinamento (deboe) del lavoro,* Turín: Giapichelli Editore 2012, pp. 179 y 190 ss.).

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO DEL TRABAJO PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR - SUS LÍMITES

Fabiola M. L. Bogado Ibarra[95]

Resumen: *se pondera la incidencia de la inteligencia artificial en las relaciones laborales, con especial referencia a la facultad de dirección de la parte empleadora en el contrato de trabajo.*

Sumario: *Introducción; La evolución tecnológica y el mundo del trabajo; Inteligencia artificial; Facultades del empleador. Poder de dirección; Límites a las potestades del empleador; La debida capacitación; La inspección de trabajo; Los códigos de conducta concebidos como fuente del derecho; La acción preventiva del daño; El derecho comparado; Conclusiones.*

Para posibilitar la debida comprensión, atento el margen de extensión de este aporte, se ha partido de la conceptualización, grosso modo, de lo que se entiende por inteligencia artificial (IA), sus distintas acepciones y su clasificación.

La conformación y operatividad de los algoritmos son mencionadas en razón de su eventual vinculación con la toma de decisiones, aludiéndose a los riesgos que las estructuras digitales pueden acarrear si se prescinde de la intervención del ser humano.

Analizado lo anterior, se explicitan los poderes del empleador desde la normativa vigente en la República Argentina y el porqué de dichas potestades.

Finalmente, se proponen acciones e instrumentos que se consideran apropiados para la salvaguarda de los derechos de las personas que se desempeñan en relación de dependencia en virtud de las implicancias que este nuevo tipo de inteligencia conlleva.

INTRODUCCIÓN

En el año 2015, Guy Ryder, en su carácter de director general de la OIT, al exponer su memoria a la 104ª de la Conferencia Internacional del Trabajo, explicaba que la trascendencia del tema elegido con motivo del primer centenario de la organización, “El futuro del trabajo”, se enclava en un “contexto de gran incertidumbre

[95] Juez Cámara III de Apelaciones del Trabajo - Vicepresidente del Consejo de la Magistratura de Entre Ríos Universidad Nacional de Entre Ríos Paraná - Argentina.

e inseguridad y del temor de que la evolución del mundo del trabajo lo aleje del objetivo de la justicia social, en lugar de acercarlo".[1]

Diez años después nos reunimos aquí, para reflexionar y adentrarnos en una nueva realidad de la cual no podemos abstraernos y que se suma a esos aspectos tan relevantes y preocupantes enunciados por Ryder en su informe (v.gr. los millones de personas desempleadas, el escaso porcentaje de protección social del que goza la población mundial, cadenas de suministros que rebajan el nivel de las condiciones de trabajo y el respeto de los derechos fundamentales, la economía informal, el trabajo infantil, el trabajo forzoso, la discriminación por motivos de género, sólo por mencionar algunas de tales cuestiones).

Dicha realidad se refiere a las tangibles transformaciones que se generan sin solución de continuidad a través de la incorporación masiva de tecnología en todas las etapas del proceso productivo, como son la big-data, la robótica y claro está, también la inteligencia artificial.

En esta situación, el mundo del trabajo no ha quedado al margen, amén que estos cambios plantean serios desafíos que van más allá de la disciplina que nos convoca, pues avanzan sobre derechos personalísimos de todos los seres humanos, tales como como su libertad, su intimidad, su vida misma.

El análisis predictivo y los algoritmos extraen patrones y tendencias que determinan o, al menos, brindan pautas sobre las decisiones que deben tomarse frente a diversos comportamientos, haciendo que la irrupción de la IA sea absolutamente transformadora ya que se interactúa con una nueva forma de inteligencia. Mas, es aquí el aspecto esencial en que se debe tener consenso y asumir, sin tibios eufemismos, que no serán siempre predicciones infalibles que puedan sustituir de plano la valoración humana.

LA EVOLUCIÓN TECNOLÓGICA

Atento el marco introductorio, y en lo que aquí interesa, no puede dejar de tenerse presente que, al decir de Livellara, "el negocio jurídico laboral se presenta como un complejo de relaciones, no sólo jurídicas, sino también económicas y morales. Es que esa vinculación no sólo da lugar a una relación de cambio-trabajo por un lado, salario por el otro, sino, lo más importante, una relación personal humana, en

la cual el trabajador, sus compañeros y el empleador integran una comunidad (empresa)".

Con tal impronta, expresa que esos nexos se deben desarrollar "dentro de pautas mínimas de ética, de mutua tolerancia, equidad y buena fe, para asegurar la convivencia y posibilitar el desarrollo de los integrantes del grupo, tanto en sus calidades personales como profesionales".[2]

Sin embargo, la revolución digital en la que la sociedad se halla hoy inmersa ha sido de tal magnitud, de tal vertiginosidad que sus consecuencias abruman y conducen a cuestionar al mundo jurídico cómo han de adaptarse esos principios pétreos - que son los pilares del Derecho del Trabajo - a situaciones que lejos están de aquel modelo tradicional del vínculo laboral; dado que, al decir de Carnota, "un ordenamiento jurídico construido para un mundo físico, en donde las interacciones sociales se desarrollan en el plano de la factibilidad estricta, no puede ser idéntico al que hay que diseñar cuando se conjuga la dimensión de los hechos con la llamada "realidad virtual".[3]

De repente, el teletrabajo, el establecimiento virtual, las plataformas digitales etc. fueron instalándose en el mundo laboral sin casi darnos cuenta. Y surgieron los debates doctrinarios, las legislaciones tardías -rudimentarias en algunos casos- las sentencias urgentes y también los interrogantes, cada vez más y cada vez más acuciantes pues tales innovaciones modificaron radicalmente y sin precedentes, el modo en que las personas viven, trabajan, se relacionan y producen.

Las mutaciones que han ido desencadenándose no parecen tener límites y en ese desenfrenado avance tecnológico la inteligencia artificial se instala con todo su potencial que, si bien facilita algunos aspectos de la vida, también asombra, atemoriza y desplaza a muchos, dado que -tal como lo explica Maza "…aquello que solemos resumir gráficamente como "la cuestión social", la desigualdad en el reparto de los recursos, los beneficios y las oportunidades, no desaparecieron ni desaparecerán gracias a la revolución digital ni a la inteligencia artificial, sino que el escenario de fondo sigue siendo el mismo aunque el contexto empeoró: el futuro ya llegó para dar empleos medianamente decentes exclusivamente a minorías adaptadas a la revolución digital y excelentes trabajos a microelites irremplazables en el mundo tecnológico".[4], permitiéndome agregar en consonancia con la opinión del jurista, que no siempre el avance tecnológico implica avance social

Por otro lado, y en palabras de Santander Gidi "frente a situaciones de crisis laborales que surgen en las respectivas revoluciones industriales, el derecho reacciona cuando el problema ya está instalado, pero no ha sido capaz de preverlo y poder adelantarse a las consecuencias jurídicas que provocará la respectiva revolución industrial".[5]

No obstante, también es factible afirmar que el Derecho del Trabajo tiene su génesis precisamente en el cambio, entendido éste como profunda transformación, pues -sabido es- que han sido las revoluciones vinculadas a los avances en la industria los que moldearon su inserción en el mundo jurídico como una disciplina autónoma, con sus principios y sus fines claramente definidos.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el desarrollo tecnológico va por delante de toda legislación y que esta inteligencia no humana produce un impacto de dimensiones inconmensurables, nos preguntamos si se está frente al "Yo, Robot" de Asimov, avizorando un riesgo cierto de sustitución. Con base en la esperanza, respondemos que no; empero, no existe duda alguna que, ante su presencia, el sistema de ordenamiento jurídico no puede quedar inerte y debe hacer frente al panorama que se presenta, no con intención de entorpecer tales avances sino a fin de brindar las respuestas adecuadas en resguardo de los más caros derechos del ser humano.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL

El profesor Andruet se detiene ante este impacto en el ámbito del derecho y expresa: "La IA como evento tecnológico por antonomasia y de mayor penetración en las prácticas profesionales corrientes a más de la vida diaria y comunitaria de todas las personas, se presenta como disruptiva en varias cuestiones que creíamos que estaban completamente consolidadas para el ejercicio profesional y la disciplina jurídica, puesto que nunca pensamos que el espacio real, dejaría de ser el continente adecuado a la ciencia jurídica y a la práctica profesional. La ciencia jurídica y su práctica profesional han sido construidas sobre un modelo que se corresponde al espacio real y hoy, dicha disciplina y sus prácticas se reflexionan y ejercitan también en el espacio digital-virtual y todo parece indicar, que cada vez, será en mayor medida en dicho lugar su realización.".[6]

¿Pero, qué entendemos por inteligencia artificial?

En una más que simplista conceptualización podríamos decir que se trata de un sistema alimentado de datos que, a través de un proceso algorítmico pretende emular la inteligencia humana.

Poco serio sería limitarnos a ello frente a la complejidad que todo esto conlleva por un lado y, por otro, por la insoslayable injerencia que esta tecnología va tomando día a día, o segundo a segundo, en la vida de todas las personas.

En esta búsqueda, la palabra de Asunción Gómez Pérez en su discurso ante la Real Academia Española con motivo de su incorporación, indica que "La inteligencia artificial es la tecnología habilitadora que dota a sistemas y dispositivos digitales de capacidades cognitivas, tales como razonar, emplear el lenguaje, ya sea para traducir entre idiomas, mantener una conversación oral o escrita con una máquina para resolver una tarea, clasificar documentos, crear imágenes a partir de descripciones en lenguaje natural, reconocer objetos en fotografías e, incluso, aprender de nuestra conducta o costumbres…", destacando la académica, que la evolución es tan rápida que cuando se lea su presentación sin duda, nuevas invenciones estarán instaladas.[7]

Advierte, asimismo, que "…la verdadera explosión de la inteligencia artificial y su aplicación en muchos sectores empresariales y cotidianos se debe al aprendizaje profundo. ¿A qué se llama "aprendizaje profundo"? A los algoritmos que se inspiran en la estructura y función del cerebro humano y que utilizan redes de neuronas artificiales profundas para aprender representaciones o patrones, a partir de grandes conjuntos de datos, para realizar, entre otras tareas, el reconocimiento de vos, el análisis de imágenes y el procesamiento del lenguaje natural.".[8]

Más cercano en el tiempo, La Ley de IA de la Unión Europea en su artículo 3 la define como "un sistema basado en máquinas que está diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras su despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere, a partir de la entrada que recibe, cómo generar salidas tales como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales."

Por su parte, Reyes Olmedo explica que "La IA es un concepto genérico que, en realidad, alberga en su seno diversas variantes como la informática cognitiva y el aprendizaje automático (machine learning: algoritmos capaces de enseñarse a sí mismo tareas). Esta área, machine learning, ocupa hoy el centro de la escena en esta materia por sus insospechadas potencialidades. A su vez, la voz "algoritmo" remite al

matemático persa Al Khal Khwarizm y puede concebirse como una lista finita de instrucciones que se aplican a un input durante un número finito de estados para obtener un output, permitiendo realizar cálculos y procesar datos de modo automático.".[9]

Ahora bien, y más allá de las diversas conceptualizaciones que puedan darse, la preocupación que genera la temática en estudio radica fundamentalmente en las consecuencias no siempre queridas o, si bien previstas, devienen perjudiciales para cierta parte de la sociedad originadas en los riesgos sistémicos que podrían plantear.

En este orden de ideas, Thomas explica que "El uso de la IA puede tener los resultados esperados y ser un sistema de reafirmación de la unión de la sociedad, es decir un resultado funcional (cuando la IA aporta situaciones positivas) como cuando aligera la carga de cantidad de sentencias a dictar al ordenar los tribunales; pero puede en algunas situaciones obtener un resultado diferente al esperado y en ese caso puede ser contrario a los intereses del grupo social, como cuando la IA discrimina.", acotando luego que "Allí las consecuencias serán disfuncionales. O el resultado puede ser inocuo, definiéndose como a-funcional. Por ello, el sistema de actuación final humana, hasta este momento sigue siendo necesaria, por lo menos en el campo judicial".[10]

Junto a lo anterior, hay otro dato preocupante que detecta el director de la Real Academia Española al decir: "…La distinción entre una inteligencia artificial puramente instrumental y otra de fondo, que aspira a emular en todo a la inteligencia humana, tiene algunos bordes bastante difuminados, y el tránsito entre los modelos más utilitarios e inocentes y las herramientas de alto riesgo será un proceso difícil de advertir y evitar.". [11]

Podría darse, entonces, una inteligencia artificial limitada, centrada en una actividad determinada, destinada a actividades cotidianas y repetitivas y, por otra parte, una inteligencia artificial potenciada y de mayor envergadura, que pueda concretar exitosamente todo tipo de elaboración intelectual.

Chumbita explica que la inteligencia artificial generativa es un área dentro de la inteligencia artificial que se enfoca en la creación de contenido nuevo. Utiliza técnicas de aprendizaje profundo (deep learning) para generar resultados que no existían previamente. La diferencia sustancial con la IA "tradicional" es que esta no produce contenido estrictamente nuevo, sino que lo hace mediante una reinterpretación o neuro organización de los datos con los que fueron entrenadas, la IA General produce uno totalmente nuevo, pero de tipo sintético. [12]

En tales circunstancias, los algoritmos brindan instrucciones a partir de las cuales se despliega la IA proponiendo luego posibles soluciones, jurídicas en lo que aquí interesa. Pero, dentro de tal esquema, el sistema de inteligencia no humana podría desplegar procesos cuya base de datos no gocen de transparencia y, por ende, los resultados que provengan de dichos procedimientos posean, por ejemplo, una génesis desconocida.

Sumado a ello, es dable destacar que el algoritmo carece, en ciertos casos, de datos vinculados a aspectos psicosociales o culturales -entre otros- o provenir de una recopilación de información errónea, motivo por el cual las interpretaciones y/o soluciones brindadas resultarán, sin dudas, desacertadas.

Lo expuesto pone en evidencia la viabilidad que tales riesgos se trasladen, y aún aumenten, en el vínculo laboral donde uno de los sujetos se encuentra en una relación de hiposuficiencia frente al otro.

La información falsa, la responsabilidad difusa, posibles fallos de la tecnología - entre otros aspectos - han de perjudicar, sin hesitación, a los trabajadores cuya patronal, titular de la facultad de dirigir y organizar el trabajo empresario, haga un uso abusivo y/o sin los debidos controles, de estos sistemas.

FACULTADES DEL EMPLEADOR - PODER DE DIRECCIÓN

Dentro del análisis que se viene desarrollando, no resulta ocioso aludir a los caracteres que conciernen a la potestad de dirección de la parte empleadora.

En la República Argentina, a partir de la regulación formulada en la LCT, se puede deducir que la mentada facultad "comprende el conjunto de atribuciones jurídicas que el ordenamiento estatal reconoce al empleador para que pueda organizar económica y técnicamente la empresa (explotación o establecimiento), que se traduce fundamentalmente en la posibilidad de emitir órdenes, instrucciones y directivas, de acatamiento obligatorio para el trabajador, sobre el modo de ejecutar el trabajo y demás aspectos concernientes a la marcha de aquélla, para el logro de sus objetivos (arts. 4º, 5º 27, 64 a 67 y 86 LCT), debiendo su ejercicio hacerse "con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador".[13]

Este peculiar sistema de poder que ostenta uno de los sujetos del vínculo laboral, en razón de ser quien organiza y dirige la empresa, determina una relación jerárquica con debida legitimación jurídica según las normas antes enunciadas, mas no en su propio beneficio, sino como se explicitó, en beneficio de la empresa; debiendo decirse que, amén de tal finalidad, esta facultad se encuentra a su vez ceñida a diversas limitaciones derivadas de la buena fe contractual y de la razonabilidad.

En dedicado análisis sobre la Opinión Consultiva Nº 19/2016 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Coppoletta se pregunta si tiene el empleador un derecho de rango fundamental para ejercer estas atribuciones y, si bien enuncia que la respuesta en principio es sí, entiende "que por la mera circunstancia de que los artículos 64 y 65 de la ley 20.744 regulen el poder de organización y dirección del empresario-empleador, ello no significa directamente que ese derecho tenga rango de derecho humano o fundamental", para luego plantear que "la gran cuestión es si por la mera inclusión de un derecho en un texto constitucional ya lo transforma automáticamente en un derecho fundamental",[14] aludiendo a lo normado por el art. 14 de la Constitución Nacional que tutela el derecho de propiedad y de ejercer industria lícita.

Frente a tal interrogante, el jurista concluye -en brevísima y osada síntesis, dado que la profundidad con que aborda la temática excede el marco de este aporte- que, si la referida inclusión en una norma constitucional le otorga el carácter de fundamental, "es importante vincular ello con la dignidad humana. Pues entonces será derecho humano aquel reconocido en un texto de nivel constitucional pero que además tenga por finalidad la protección de la dignidad humana".[15]

Sentado lo anterior, frente a un sistema de algoritmos con virtualidad para identificar y clasificar conductas es dable plantearse si es factible suplir tales potestades patronales que suponen valoraciones derivadas de aspectos axiológicos, cognitivos, culturales, sociales, etc. En tal escenario, la interpelación surge espontánea ¿Puede un sistema basado en algoritmos evaluar correctamente estos comportamientos? ¿Son realmente fiables estos procesos de interpretación desde el punto de vista ético jurídico?

En palabras de Arese "… el uso de algoritmos y bases de datos en el ámbito de las relaciones laborales trae aparejadas consecuencias en materia de control patronal en materia de tiempo y contenido de las comunicaciones que tengan correspondencia con la relación laboral y las tareas (vigilancia en el lugar de trabajo) y seguimientos de

las actividades que hagan los trabajadores (vigilancia fuera del lugar del trabajo), lo cual conlleva problemas de intimidad y de protección de información sensible de las personas involucradas. Sobre ello la OIT tiene dicho que el ejercicio de la gestión, vigilancia y control a través de algoritmos, mediante sensores, dispositivos corporales y otras formas de supervisión, debe ser regulado para proteger la dignidad de los trabajadores, pues el trabajo no es una mercancía, ni el trabajador un robot". [16]

Así planteado, el riesgo concreto se da en la posibilidad de introducir en el algoritmo sesgos claramente perjudiciales para los dependientes (desde aspectos discriminatorios hasta obligaciones abusivas que violen derechos fundamentales, vinculadas a la efectividad, objetivos, medición del rendimiento, etc.).

Al respecto, Prassl sostiene -entre otras sesudas reflexiones plasmadas en el trabajo que al pie se cita- que la primera ilustración, y quizá la más cruda, de la gestión algorítmica puede verse en la economía colaborativa, en la que las plataformas recurren a sofisticados mecanismos de calificación para gestionar su mano de obra. Diseñados, a primera vista, para proporcionar a los consumidores y a los trabajadores información precisa sobre otros proveedores de plataformas, pronto se hizo evidente que las valoraciones tenían poco valor informativo, dada su distribución agrupada, sino que los algoritmos de reputación se diseñaron para ejercer un control sobre la mano de obra de las plataformas, operando como un sustituto de la estructura de gestión de una empresa, y además malo. Así pues, en lugar de limitarse a señalar la calidad, el verdadero objetivo de los algoritmos de calificación en la economía colaborativa era ejercer el control del empleador de múltiples maneras. El trabajo basado en plataformas sirvió así de laboratorio inicial para el desarrollo de herramientas algorítmicas de gestión. Hoy, en cambio, se ha extendido a todos los sectores y lugares de trabajo. A diferencia de las predicciones futuristas exploradas en secciones anteriores, la llegada de la gestión algorítmica no es algo sobre lo que podamos especular: ya está teniendo lugar.[17]

Es decir, se refuerzan potestades que ya se ostentaban y se ejercían a través de la tecnología (v.gr. la video vigilancia a fin de medir el tiempo efectividad del desempeño) pero ahora, con la amplitud del margen que ofrece la IA.

"Estamos, al fin de cuentas, socializando con máquinas que son "nocosas" y que tienen la funcionalidad de devolvernos un servicio de conocimiento que podremos utilizar libremente y que dependerá de nuestra misma seriedad epistémica, controlar, autorizar o simplemente desechar. Huelga señalar que, a tenor de varios incidentes que

se han producido y tomado estado público, respecto a devoluciones desconcertantes que a veces la IA realiza, se dice de ellas que son aisladas y de baja frecuencia, pero ello no significa que no sean graves, toda vez que cuando lo poco probable que suceda finalmente ocurre, las consecuencias son muy severas, refiere el Profesor Andruet.

La situación descripta, derivada de estos avances y de la manipulación discrecional de los novedosos sistemas no puede reducir arbitrariamente las cualidades distintivas de la persona humana por eso, estos procesos transformadores basados en infraestructuras digitales requieren definiciones que garanticen y preserven a la persona integralmente.

Lo antes afirmado no admite discusión alguna, menos aun cuando ya existen posturas que elaboran teorías y justifican que debe asegurarse a la IA un estado de bienestar en aquellos casos en que ésta exhiba signos de conciencia o agencia robusta, convirtiéndose ella misma en sujeto digno de protección desde una perspectiva ética.[18]

LÍMITES A LAS POTESTADES DEL EMPLEADOR

Las consecuencias de toda esta innovación, en el marco de las facultades que dispone el empleador, pueden situar en innegable tensión a los derechos personalísimos de los trabajadores, motivo por el cual, si en el ámbito empresarial se anteponen sistemas tecnológicos de esta índole, será menester ineludible reconsiderar las estructuras con que fue concebido tradicionalmente el vínculo laboral a fin de que el principio protectorio no se vea alterado.

Ello así porque las directivas que puedan emitirse a través de los algoritmos no son nada neutras pues, al estar dotados de a un gran volumen de información, dan la posibilidad de tener –entre otros- el preciso conocimiento de cuándo, dónde y con qué resultado se ha trabajado, careciendo el destinatario de tales mandas de toda injerencia en la conformación de su perfil, no siempre inocuo. Piénsese, dentro de tales posibilidades, en el cese objetivo por razones tecnológicas que actualmente pueden decidir las plataformas a las que antes se aludió.

Por ende, la ausencia de reglas especiales que enmarquen estas peculiaridades obliga a abordarlas partiendo, en primer término, de los principios y reglas generales de la ciencia jurídica, dentro de las cuales las concernientes a las funciones de la responsabilidad civil posee una notable trascendencia pues allí es donde se jerarquiza

a la prevención. Este espectro protector, a su vez, ha de fortalecerse a través de los principios propios del derecho del trabajo donde los conceptos de transparencia, consentimiento, proporcionalidad, protección de datos, posibilidad de revisión y afines, se convierten en herramientas imprescindibles para garantizar los derechos de quienes trabajan

De esta manera, es necesario poner énfasis también en que debe ser siempre el ser humano quien emita órdenes de relevancia, tales como ejercer el ius variandi, imponer sanciones y/o, claramente, quien disponga la decisión rupturista del contrato, debiendo cerciorarse de que los datos utilizados por el sistema predictivo sean fidedignos, precisos y respeten principios vinculados a la intimidad, confidencialidad y demás derechos personalísimos.

Las crisis implican siempre aprendizajes y oportunidades, por ende, si aceptamos que una IA puede adquirir destrezas suficientes para acompañar las decisiones que están en cabeza del empleador, es fundamental implentar y desarrollar medidas concretas para minimizar el impacto negativo que eventualmente puedan desencadenar en las relaciones laborales.

Planteado así lo antes referido, lleva sin dilaciones a que los operadores del derecho consideren y propongan herramientas e instituciones apropiadas para, sin entorpecer los beneficios que los avances tecnológicos han de conllevar, coadyuven en el logro de una relación lo más ecuánime posible.

Entre las tutelas jurídicas sugeridas para hacer frente a estos retos es dable mencionar el acceso a la debida capacitación, la acentuación de la intervención administrativa a través de la inspección de trabajo, la implementación de código de conductas, la acción preventiva y las directrices provenientes del derecho comparado.

LA DEBIDA CAPACITACIÓN

El vasto plexo de cambios que se originan por el impacto de la conmoción tecnológica implica –como antes se refiriera- que el estilo prestacional típico ya no sea el mismo y, por ende, más allá de la tutela que emana de la ley, es preciso que el propio sujeto trabajador comprenda cabalmente las diversas aristas que dominan hoy su contrato de trabajo, vínculo en el cual la figura del empresario puede llegar a configurar un jefe algorítmico.

Por ello, resulta necesario en primer término la adquisición de habilidades suficientes para una real inserción laboral y, por otro –superado ese primer escollo- poseer competencias que le permitan un adecuado conocimiento del modo en que las facultades empresariales se ejercen en las distintas etapas de su vinculación y en función de las vicisitudes que en la relación laboral puedan darse.

La incorporación de conocimientos y la formación profesional del sujeto dependiente, debido a las nuevas modalidades de desarrollo del proceso productivo, se imponen como impostergables, dado que lo contrario podría significar una grieta que excluya y/u opaque a cierto grupo de personas que no han tenido acceso a una capacitación adecuada.

Al respecto, Hopenhayn a principios de siglo expresaba: "El auge de las nuevas tecnologías es simultáneamente reivindicado como la posibilidad de una nueva utopía de trabajos flexibles y ocio creciente; y como la amenaza de una distopía donde se divide el mundo de manera cada vez más tajante entre informatizados y rezagados, entre trabajadores inteligentes y desempleados pauperizados, y entre creativos y excluidos. El trabajo sigue inscrito con marca de hierro en el imaginario del sujeto moderno y en el orden simbólico de la civilización occidental, pero la globalización tecnológica pide cada vez más relativizar la presencia del valor-trabajo tanto en la producción real como en la conciencia de la gente".[19]

La acentuación de las brechas de habilidades, que ya hizo sentir su impacto en la era post-COVID, ha de agudizarse de manera exponencial en virtud de la IA, de allí entonces que la incorporación de nuevas competencias, tanto para acceder a un puesto de trabajo como para desempeñar adecuadamente las tareas que se asignen, y asimismo evitar conductas abusivas, se torna imprescindible.

A nivel legal, la República Argentina a través de la ley 24.576, incorporó a LCT como derecho fundamental para todos los trabajadores la promoción profesional y la formación en el trabajo, en condiciones igualitarias de acceso y trato, amén de estar contemplado en el art. 75, inc. 19 de la Const. Nacional como un mandato para el Congreso y en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional.

Sin embargo, delegado en el Poder Ejecutivo el ordenamiento de su articulado, pese al tiempo transcurrido y a la relevancia que reviste la cuestión en el plano laboral y como instrumento de política social, no se ha dictado hasta la fecha, disposición alguna dentro de la normativa laboral argentina que torne operativos tales propósitos.

Esta ausencia de reglamentación impide una eficaz implementación y su debido cumplimiento, dado que la manera en que ha sido legislado el articulado, lo reduce a una serie de normas programáticas sin posibilidad concreta de ejecución.

Por su parte, ley 27.555 que regula el teletrabajo, prescribe que el empleador, amén de proporcionar el equipamiento —hardware y software—, las herramientas de trabajo y el soporte necesario para el desempeño de las tareas, y asumir los costos de instalación, mantenimiento y reparación de las mismas (art. 9), establece otra importante obligación cual es garantizar la correcta capacitación de sus dependientes en nuevas tecnologías, brindando cursos y herramientas de apoyo, tanto en forma virtual como presencial, que permitan una mejor adecuación de las partes a esta modalidad laboral (art. 11).[20]

En definitiva, ante esta coyuntura, la capacitación concebida en principio tanto como derecho y como obligación, se perfila como un compromiso a asumir para ambas partes de la relación laboral, pero con especial énfasis en el titular de la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales para el logro de los fines empresariales por ser ella quien mejor se posiciona para allanar el camino de formación profesional de sus dependientes.

Dicho compromiso implica igualmente, que se establezcan sistemas digitales lo más transparentes posible a fin de permitir una interpretación accesible para los destinatarios y, de esta forma, que adquieran las destrezas aptas para saber cómo se han tomado las decisiones, cuáles han sido los parámetros utilizados y, en caso de que resulte necesario, objetarlos con debida fundamentación.

“Es que la formación profesional no solo interesa a los trabajadores y trabajadoras (derecho fundamental al que nos referiremos en el siguiente apartado), sino también al empleador (pues redunda en beneficio de la empresa), a las entidades sindicales (que procuran la mejora de las condiciones de trabajo y calidad de vida de sus representados), al Estado (que debe administrar los recursos públicos y combatir el desempleo) y a la comunidad en su conjunto.[21]

LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

El Ministerio de Capital Humano, Trabajo, Empleo y de Seguridad Social de la República Argentina expresa en el inicio de su página web que la inspección del

trabajo es uno de los instrumentos fundamentales y estratégicos para hacer realidad el derecho de todos los ciudadanos y ciudadanas a condiciones de trabajo decente.

Enlazando el noble propósito enunciado con la envergadura de los cambios que asolan a los vínculos labores actuales, es factible concluir que se debe revalorizar el papel de los auditores que cumplen dichas funciones de fiscalización dado que "Actualmente, las inspecciones del trabajo realizan sus funciones en un ambiente desafiante, con importantes cambios en el contexto económico y social; en los desarrollos industriales; en la organización del trabajo y relación laboral; en las expectativas sociales y políticas; en la tecnología y la naturaleza de los riesgos laborales.".[22]

La inspección La Corte Suprema de Justicia de la Nación hace más de tres lustros, en el caso "Aerolíneas Argentinas" se detuvo en los cambios fundamentales que se registran en el mundo del trabajo, y así mencionó "la fragmentación del mercado laboral, la rápida expansión de los trabajadores extranjeros y migrantes, el aumento de la desregulación y de la privatización, nuevas formas de subcontratación o de externalización, el incremento de una organización laboral y de unas relaciones de trabajo atípicas, una participación al alza de la mujer en el mercado laboral, con mayor conciencia de la necesidad de eliminar la discriminación basada en motivos de género en materia de remuneración y de condiciones de trabajo y de todas la formas de discriminación basadas en motivos diferentes al género, una rápida y compleja evolución de la tecnología, y una preocupación en cuanto a la inseguridad en el empleo y a unos niveles crecientes de estrés en el trabajo. Todos estos factores, combinados con otros, han ejercido un impacto considerable en la concepción tradicional de protección laboral", motivo por el cual, agrega que "En este contexto, no cabe duda de la necesidad de aumentar la protección de los trabajadores, lo cual requiere a su vez un reconocimiento específico de las responsabilidades más complejas de la inspección de trabajo y de la necesidad de definir el alcance de las necesidades de los trabajadores, el mandato y las prioridades. Es también fundamental que la inspección sea fuerte e imparcial, esté informada adecuadamente dotada de recursos, organizada y dirigida y capaz de adaptarse a los cambios y capacidades para cumplir con su cometido…".[23]

De acuerdo a la doctrina que emana del pronunciamiento parcialmente transcripto, la verificación del cumplimiento de toda la normativa protectoria, tanto de nivel nacional como internacional, requiere que la autoridad de aplicación lleve a cabo medidas preventivas y de acción directa dentro de su ámbito de competencia, a

fin de revertir eventuales abusos o situaciones donde el desequilibrio propio del vínculo laboral se agudice debido a la brecha digital que la incorporación de estas metodologías de contralor y dirección han de conllevar.

Lo antes indicado reclama especial atención dado que el trabajador inmerso en esta vorágine debe saberse lo suficientemente amparado en su dignidad como ser humano en toda su amplitud, tal como se reconoce en la Constitución Nacional de la República Argentina con la incorporación de tratados de derechos humanos conforme art. 75, incs. 19, 22 y 23.

De este modo, no quedan dudas que es dable centrar la atención en la precisa finalidad que la normativa constitucional, convencional y legal vierte a fin de tutelar a la persona trabajadora como sujeto y no mero objeto del mercado, optimizando y adaptando esas facultades de policía en razón de las enormes modificaciones acontecidas en el mundo del trabajo.

Para tal concreción, resulta fundamental contar con funcionarios idóneos y suficientemente capacitados que, garantizando la defensa del empleador investigado, lleven a cabo con eficacia el contralor pertinente a fin de que las tecnologías emergentes se apliquen dando cumplimiento a la toda la normativa protectoria.

LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA CONCEBIDOS COMO FUENTE DEL DERECHO

Junyent Bas explica que "La responsabilidad social empresaria es un proceso a través del cual las empresas asumen la responsabilidad de su gestión en los campos social, económico y ambiental", entendiéndola como reflejo de una nueva cultura corporativa que la vincula a una dimensión que supera los fines específicos para articular la organización en el seno de la comunidad, dado que lograr una cultura empresarial que contribuya a crear ethos es una marca de calidad y una ventaja competitiva.[24]

En ese sentido, cabe afirmar que los códigos de conducta constituyen una forma de expresión de la responsabilidad social de la empresa, en tanto en ellos se establecen una serie de valores, principios y objetivos a cumplir mediante comportamientos que, incluso, promueven y exigen a otros entes con los que se relaciona. Esta transparencia no sólo fortalece su confiabilidad, sino que también hace que se posicione como

inspiradora frente a otros entes para la implementación de este tipo de reglamentaciones.

Sin desconocer los reparos que se han formulado a estas preceptivas, se comparte la posición que adopta y magistralmente expone Mangarelli, al señalar que los códigos de conducta revisten interés no sólo para las empresas sino también para las organizaciones de trabajadores, los gobiernos y para el derecho del trabajo en general, dado que estos códigos han llevado –en algunos casos- a modificar las prácticas en empresas subcontratistas y proveedores, mejorando las condiciones de trabajo, amén de haber contribuido a un mayor respecto de los derechos laborales.[25]

Ante la necesidad de incrementar la tutela de quien pone a disposición de otra persona su capacidad de trabajo, en razón de las profundas transformaciones que la tecnología ha impuesto sin pudor, se considera que los códigos de conducta exhiben una serie de ventajas, tanto para el dependiente como para el empleador y la comunidad en su conjunto, pues en ellos es viable plasmar patrones de actuación respecto de los sistemas en los que la inteligencia artificial opere a fin de darle transparencia a la gestión del proceso algorítmico, siendo posible de esta manera que la empresa asuma el compromiso de adoptar toda práctica que resulte menester para preservar y tutelar la dignidad de quienes se desempeñen en su ámbito.

Resta por examinar – en el marco de este sintético aporte- la eficacia de tales estipulaciones y si existen posibilidades de exigir su cumplimiento, pues no basta su sola implementación sino que su utilidad ha de residir en el factor vinculante que para la propia empresa implique; dado que, en la medida en que posean ejecutividad podrán garantizar a sus dependientes la tutela y el cometido que se han fijado, ya que de lo contrario constituirían meras declaraciones de intenciones o metas loables, pero vacuas de contenido ante la ausencia de fuerza coercitiva.

Partiendo del principio de autonomía de la voluntad, entendido como el margen de autorregulación del que gozan las partes para la ordenación de sus propios intereses - a condición de que se respeten los mínimos inderogables legal o convencionalmente previstos para los trabajadores y/o se mejoren sus condiciones laborales- estos códigos emanados del empleador se proyectan con un valor normativo especifico que permite calificarlos como fuente de derecho que les obliga al cumplimiento de lo que hubiesen allí dispuesto.

Con tal impronta, la mencionada jurista uruguaya expresa "...que si bien no existe obligación de las empresas de adoptar un código de conducta que haga

referencia a derechos laborales y condiciones de trabajo (son voluntarios en su adopción), ello no implica que una vez formulados y comunicados a los trabajadores de la empresa carezcan de eficacia jurídica.". Para concluir seguidamente que "...cuando se trata de códigos de conducta unilaterales en los que las empresas reconocen derechos y/o condiciones de trabajo a los trabajadores (o asumen deberes concretos), una vez que son notificados al personal, pasan a regir las condiciones del contrato o de la relación de trabajo". [26]

Lo expuesto se anuda al principio de irrenunciabilidad en tanto imposibilita al empleador a que, a través de una novación objetiva, encubra algún tipo de renuncia de sus dependientes luego de haber contraído determinados compromisos. En otras palabras, los parámetros de conducta que se asuman como imperativos pasan a integrar condiciones de los vínculos laborales, por lo que deben ser considerados fuente de obligaciones en la relación con sus dependientes, constituyéndose en valiosa herramienta para limitar efectos no deseados o perjudiciales de la IA.

En este sentido, la Ley sobre IA europea en su artículo 95 establece que la Oficina de IA y los estados miembros facilitarán la elaboración de códigos de conducta relativos a la aplicación voluntaria, incluso por parte de los implementadores, de requisitos específicos a todos los sistemas de IA, sobre la base de objetivos claros e indicadores clave de rendimiento para medir la consecución de dichos objetivos.

LA ACCIÓN PREVENTIVA

El Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina regula la acción preventiva, que "procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento".[27]

Los presupuestos necesarios para la procedencia de la misma son: la acción u omisión del deber de prevención, la antijuridicidad o violación de un deber jurídico, causalidad o acreditación de que verosímilmente existe un riesgo cierto o probable de daño, sin que sea necesario que exista un factor de atribución.

Si bien la doctrina ha profundizado el análisis de la mentada acción a fin de evitar afecciones vinculadas a la salud psicofísica del trabajador en el marco de las normas de seguridad e higiene, se considera también factible la posibilidad de acudir a tal remedio a los efectos de frustrar o detener otro tipo de actos lesivos que se produzcan en el trabajo. Puede admitirse, en consecuencia, la acción a fin de evitar

consecuencias dañosas que deriven de una gestión algorítmica que contenga, por ejemplo, un sesgo discriminatorio, cargas de datos falaces o potestades abusivas que el sistema de IA instituido para el personal en relación de dependencia entrañe.
Al respecto, Ramírez cataloga a la acción preventiva como una herramienta formidable para hacer cesar cualquier amenaza de daño a un derecho o garantía laboral, que no cuente con un medio más idóneo para tal fin.[28]

La acción en análisis le otorga al magistrado facultades suficientes para imponer conductas o hacer cesar otras, disponiendo el medio más conveniente para que la prevención sea efectiva y evitar la producción de un perjuicio.

Por lo cual, ante la inminencia de un daño en el ámbito laboral originado por un sistema de IA -previo juicio de compatibilidad con las instituciones protectorias que existen en la normativa que tutela a los trabajadores- se puede concluir sin hesitación que no existe impedimento alguno para que el procedimiento aludido se constituya en herramienta idónea para evitar la consumación de un menoscabo en el trabajador, dado que otorga un margen notablemente más amplio que el contemplado por el art. 75 LCT argentina que sólo ofrece como alternativa la posibilidad de retener las tareas cuando existe peligro inminente de daño o haya habido ya un incumplimiento de la obligación.

Finalmente, respecto de la legitimación, es dable poner en evidencia su amplitud dado que se extiende a quienes acrediten un interés razonable, por lo que se considera factible incluir no solo a los afectados directos sino también a las asociaciones sindicales, en su condición de titulares de los derechos colectivos que la ley les reconoce y también en nombre de sus afiliados como representantes de derechos individuales de incidencia colectiva.

EL DERECHO COMPARADO

Los fenómenos tecnológicos que inciden hoy en el mundo del trabajo se presentan con caracteres de generalidad y, en virtud de ello, permiten acudir a la normativa vigente en distintas latitudes para su evaluación y, por qué no, su implementación con las pertinentes adecuaciones que sea menester poner en práctica.

En efecto, la sofisticación bajo las cuales se desarrolla la sociedad y, en especial, las relaciones laborales, requieren un examen desde un punto de vista integral, por tal

motivo el derecho comparado se instituye como opción válida al ofrecer directrices sobre cómo diseñar un marco regulatorio efectivo para la inteligencia artificial.

El profesor Raso Delgue considera al derecho comparado, junto a los principios propios del Derecho del Trabajo y la doctrina universal, una tutela jurídica apropiada para generar directrices éticas para una IA confiable, basada en los principios de respeto por los derechos humanos, autonomía, prevención del daño, equidad y capacidad de aplicación, que sea respetuosa con las leyes y reglamentos, y robusta desde un punto de vista técnico y social.[29]

Por su parte, Piña refiere que "En sentido más amplio, la comparación internacional hace que se tome conciencia de que el sistema de relaciones de trabajo en el propio país no evoluciona en forma aislada, sino que es parte de una evolución mundial. Adoptar el enfoque funcional en la comparación de las relaciones de trabajo permitirá destilar la multiplicidad y variedad de acontecimientos y procesos que tienen lugar en el conjunto de las relaciones de trabajo del mundo- o de ciertas regiones- o de ciertas provincias de un mismo país - toda una serie de tendencias generales."[30]

El aspecto que señala la jurista, referido a que el sistema de relaciones laborales no evoluciona de manera independiente, sino que se inserta en un todo, se exacerba en estos tiempos en que a inteligencia artificial (IA) ha sido objeto de creciente interés en el ámbito del derecho comparado, donde diversos países han implementado marcos normativos y estrategias nacionales para abordar los desafíos y oportunidades que plantea esta informatización. Estas experiencias internacionales ofrecen un panorama amplio de enfoques regulatorios, que varían según las prioridades políticas, económicas y sociales de cada nación, pero cuyos núcleos pétreos se proyectan como pautas orientadoras.

En consecuencia, no puede ignorarse la necesidad de articular un proyecto normativo que recoja la experiencia del resto del mundo y, en especial, el sistema europeo, cuyos principios propician esencialmente el adecuado comportamiento en la utilización de la IA, a fin de dignificar al trabajador en su condición de sujeto de preferente tutela.

CONCLUSIONES

En definitiva, y para concluir, ante el vacío normativo que se da en ciertos países como Argentina, donde la IA va tomando cada vez más espacios y -desde luego- más

poder, deviene como imperativo indelegable e ineludible para quienes somos parte del mundo jurídico, la elaboración de estrategias tendientes a que ese avance tecnológico, que parece avasallarlo todo, se convierta en instrumento apto para optimizar la calidad de vida con el pleno resguardo de la dignidad de la persona humana,

Los procesos transformadores a los que se ha aludido y en los que la IA se posiciona como líder de tales innovaciones, implican estructuras digitales que requieren definiciones y acciones positivas en aras de un concreto resguardo de quienes ponen su fuerza de trabajo en una relación de subordinación y nos aproxima a tomar conciencia del singular impacto que las nuevas tecnologías proyectan sobre tales vínculos y, en especial, respecto de las facultades que ostenta la parte empleadora.

Las contribuciones y aportes de la ciencia y técnica, tanto en términos de ahorro de energías humanas y también de eficiencia, sin duda que han de contribuir en el proceso productivo, pero, no por ello, se debe prescindir de una valoración racional de la persona al momento de la toma de decisiones de transcendencia porque, si se sobredimensiona y acepta en forma incontrolada su injerencia, las consecuencias no deseadas se tornarán irremisibles.

El siglo pasado, en diálogo con Daisaku Ikeda, Toynbee se preguntaba "¿Es bueno o malo el aumento de poder de la técnica que la ciencia le presta por obra de la cuantificación? En sí mismo no es ni bueno ni malo. La respuesta habrá de darse ad hoc. La respuesta depende de que los criterios morales del hombre que ejerce el poder conferido por la ciencia sean lo bastante elevados para asegurar que él ejerza esa aumentado poder para bien, y no para mal".[31]

En este marco, con la certidumbre de hallarnos frente a situaciones cuyas consecuencias aún resultan impredecibles y que podrían exceder con creces las facultades que toda la normativa laboral pone en cabeza de la parte empresarial, en palabras del mencionado historiador inglés, es factible expresar entonces que "La acción para anular las consecuencias perniciosas del poder humano debe ser una acción ética, no intelectual. Pero la ciencia es una actividad intelectual éticamente neutra. Por eso los continuos efectos del continuo desarrollo de la ciencia dependerán de que ésta sea aplicada a fines buenos o fines malos en el sentido ético de las palabras bueno o malo. La ciencia no puede curar los males producidos por ella misma".[32]

Será menester entonces, ante el despliegue tecnológico suscitado, situarse en vigilia perenne y lograr modelos protectores basados en la directriz antes mencionada porque, más temprano que tarde, la mayoría de los vínculos laborales en todo o en

parte, estarán alcanzados por los algoritmos a través de las más diversas y tal vez, hasta inimaginables, infraestructuras digitales.

En síntesis, resulta ineluctable asumir que estos sistemas han de proporcionar soluciones que simplificarán operaciones, directrices y decisiones en el devenir del vínculo laboral, mas no por ello se debe obviar que tales resoluciones deben ser monitoreadas siempre por personas humanas, a fin que no resulten fundadas sino en evidencias empíricas y bajo el establecimiento de pautas claras del ejercicio de las facultades empresariales, de acuerdo a un indeclinable marco de buena fe contractual.

Inteligência Artificial, Trabalho Humano e Direito do Trabalho: os Desafios e os Sentidos da Regulação

Arnaldo Boson Paes[96]

***Resumo**: A inteligência artificial está sendo utilizada massivamente pelas empresas para tomar decisões automatizadas sobre seleção, contratação, distribuição de tarefas, definição de salários, fixação de jornadas, evolução na carreira, realização de sanções e dispensas de trabalhadores. Os impactos, riscos e desafios do uso da IA para gerir o trabalho humano são elevados. O maior deles é o seu potencial para causar desemprego tecnológico. Há outras preocupações relevantes, incluindo questões como invasão de privacidade decorrente do monitoramento eletrônico; excesso de trabalho e ausência de desconexão das atividades; desaparecimento de profissões e postos valorizados de trabalho; substituição de empregos formais por trabalho precarizado prestado por meio de plataformas digitais1. Além disso, o uso da IA tem causado graves efeitos sobre a saúde física e mental dos trabalhadores; enfraquecimento das organizações sindicais devido à quebra dos laços de sociabilidade e ao isolamento; utilização de estratégia de jogos para motivar e engajar os trabalhadores, por meio de captura psicológica; amplificação das desigualdades de gênero, raça, origem, entre tantas outras, generalizando práticas discriminatórias. Este ensaio analisa a resposta do Direito ao fenômeno e o processo de formação do "Direito Algorítmico do Trabalho", formado a partir da instituições de princípios e regras para disciplinar a gestão do trabalho humano por meio da inteligência artificial. Examina então os principais instrumentos jurídicos implantados e em formação na União Europeia e no Brasil, tanto os que tratam da IA pontualmente quanto os que a regulam de modo abrangente.*

***Sumário:** 1. Introdução. 2. Impactos da inteligência artificial no trabalho humano. 3. Gestão algorítmica de pessoas. 4. A resposta do Direito ao uso da IA no trabalho. 5. Reflexões conclusivas. Referências bibliográficas*

1. INTRODUÇÃO. USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA GESTÃO DE PESSOAS NO TRABALHO

A inteligência artificial (IA) vem produzindo mudanças disruptivas na sociedade, na economia, no mundo do trabalho[97]. Seu uso para a gestão de pessoas no

[96] Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região (TRT/PI), no Brasil. Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), no Brasil. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidad Castilla – La Mancha (UCLM), na Espanha. Professor do Centro Universitário UNINASSAU, em Teresina, Piauí, Brasil.

[97] A automação e a IA são duas tecnologias distintas, embora por vezes interligadas. O foco da automação é a execução eficiente e consistente de tarefas repetitivas e pré-definidas com mínima ou nenhuma intervenção humana. Envolve regras e scripts pré-programados que ditam cada passo da tarefa.

trabalho não é uma questão do futuro. Ela já está sendo utilizada massivamente para tomada de decisões automatizadas nas relações de trabalho. Tais decisões incluem aspectos variados, abrangendo seleção, contratação, distribuição de tarefas, definição de salários, fixação de jornadas, evolução na carreira, realização de sanções e dispensas de trabalhadores[98].

Como todo produto da criação humana, a IA tem seus aspectos positivos e negativos. Suas utilidades são imensuráveis. Além do ganho de velocidade e eficiência, ela tem sido considerada ferramenta útil para garantir a tomada de decisões justas, neutras, objetivas, transparentes, baseadas apenas no mérito, o que eliminaria decisões humanas errôneas ou tendenciosas.

Os impactos, riscos e desafios também são elevados. O maior deles é o seu potencial para causar desemprego tecnológico. Há outras preocupações relevantes, incluindo questões como invasão de privacidade decorrente do monitoramento eletrônico; excesso de trabalho e ausência de desconexão das atividades; desaparecimento de profissões e postos valorizados de trabalho; substituição de empregos formais por trabalho precarizado prestado por meio de plataformas digitais[99].

O uso da IA tem causado também graves efeitos sobre a saúde física e mental dos trabalhadores; enfraquecimento das organizações sindicais devido à quebra dos laços de sociabilidade e ao isolamento; utilização de estratégia de jogos para motivar e engajar os trabalhadores, por meio de captura psicológica; amplificação das desigualdades de gênero, raça, origem, entre tantas outras, generalizando práticas discriminatórias[100].

Ao avaliar os impactos, riscos e desafios do uso da IA nas relações de trabalho, este ensaio analisa a resposta do Direito ao fenômeno e o processo de formação do "Direito Algorítmico do Trabalho", em desenvolvimento a partir da instituição de

---

O foco da IA é simular a inteligência humana para realizar tarefas que normalmente exigem capacidades cognitivas, como aprendizado, raciocínio, percepção, resolução de problemas, compreensão da linguagem e tomada de decisões. Baseia-se em algoritmos complexos e modelos estatísticos que permitem aos sistemas aprenderem com dados.

[98] INÈS I FABRELLAS, Anna. *Prólogo. El impacto laboral de los algoritmos*. *In:* INÈS I FABRELLAS, Anna. *Algoritmos, inteligencia artificial y relación laboral.* Madrid: Arazadi, 2023.

[99] CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Apresentação. *In:* CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da (org). *Futuro do trabalho: os desafios da revolução industrial na sociedade. Brasília: ESMPU,* 2020, p. 11.

[100] *Ob. cit.*

princípios e regras para disciplinar a gestão do trabalho humano por meio da inteligência artificial. Examina então os principais instrumentos jurídicos implantados e em formação na União Europeia e no Brasil, tanto os que tratam da IA pontualmente quanto os que a regulam de modo abrangente.

2. IMPACTOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO TRABALHO HUMANO

O Direito do Trabalho surgiu em um contexto industrial específico e suas instituições foram desenvolvidas considerando as tecnologias daquele momento histórico. Desde sua formação, sucessivas transformações tecnológicas foram surgindo. Foi assim na Revolução Industrial do século XVIII, na Era do vapor e das ferrovias (1829), na Era do aço, da eletricidade e da engenharia pesada (1875), na Era do petróleo e do automóvel (1908) e na Era da informática e das telecomunicações (1971)[101].

O ordenamento jurídico trabalhista sempre esteve condicionado pela evolução da tecnologia. O atual contexto tecnológico é caracterizado pela expansão da digitalização e pela intensificação do uso da inteligência artificial. As transformações impactam profundamente nossas vidas, em todos os níveis. Provocam tanto a perda de postos de trabalho quanto afetam a qualidade do trabalho que permanece. Os seus efeitos são óbvios, incontestáveis, imparáveis e irreversíveis.

As transformações têm sido equiparadas a um "tsunami", que pode "escapar de nosso controle e nos escravizar ou aniquilar"[102]. O debate atual em torno do impacto do uso dos sistemas de inteligência artificial no mundo do trabalho concentra-se nos riscos do desemprego em massa. Tal aspecto é extremamente relevante, sobretudo quanto à necessidade de instituição de adequadas políticas públicas e de criação de nova regulação jurídica, protegendo o trabalho em face da automação. Esse debate é necessário, porém insuficiente.

---

[101] BLINDER, Daniel. *El trabajo y la inteligencia artificial: entre el temor y el optimismo. Disponível em* https://nuso.org/articulo/el-trabajo-y-la-inteligencia-artificial/

[102] HARARI, Yuval. *Nexus: Uma breve história das redes de informação, da Idade da Pedra à inteligência artificial.* São Paulo: Companhia das Letras, 2025.

No cenário contemporâneo, a generalização do uso de sistemas de inteligência artificial tem afetado profundamente o mercado de trabalho e as pessoas trabalhadoras. O ritmo das inovações tecnológicas, o acelerado desenho de novas utilidades e o próprio funcionamento dos sistemas de IA não encontram paralelo na história. As implicações, a capacidade de difusão e a imprevisibilidade dos desdobramentos torna complexa a avaliação de seus efeitos e a calibração das respostas pelo Direito.

A cada nova onda de progresso tecnológico, intensificam-se os debates sobre seus efeitos no mundo do trabalho. Os otimistas veem a nova tecnologia como meio de aliviar os trabalhadores de tarefas mais árduas. Os pessimistas disparam o alarme da ameaça iminente de extinção em massa de postos de trabalho. A Organização Internacional do Trabalho evita falar em "apocalipse do emprego". Indica que a IA atuará de forma complementar e deve acelerar a automatização de certas tarefas, afetando a qualidade do trabalho, que será mais intenso e com mais autonomia[103].

Analisando os impactos do uso da Inteligência Artificial Generativa (IAGen) na América Latina e Caribe, a OIT avalia que entre 26% e 38% dos empregos na região poderiam ser influenciados. Considera, no entanto, ser mais provável que a tecnologia aumente e transforme os empregos, em vez de os automatizar totalmente. Entre 8% e 14% dos empregos poderiam ter melhor produtividade graças à IAGen, enquanto apenas entre 2% e 5% enfrentam o risco de automatização total. O seu uso tende a agravar as desigualdades econômicas regionais e a informalidade[104].

Estudo do Fundo Monetário Internacional (FMI) assinala que a IA afetará 40% dos postos de trabalho em todo o mundo, tanto extinguindo uns, complementando outros ou criando novos postos. Tarefas que exigiam a intervenção humana agora estão sendo realizadas de modo automático. Para o FMI, diferente de processos de automação verificados anteriormente, a IA está transformando o trabalho de profissionais dotados de elevada formação ou qualificação. Em países de economia avançada, até 6 de cada 10 postos de trabalho serão condicionados pela nova onda de tecnologia[105].

---

[103] OIT (2023). *Generative AI and jobs: A global analysis of potential effects on job quantity and quality*, Informe nº 96. Disponível em https://www.ilo.org/sites/default/files/2024-07/WP96_web.pdf.

[104] OIT (2024). *A IA Generativa e os empregos na América Latina e no Caribe: a brecha digital é um amortecedor ou um gargalo?* Disponível em https://www.ilo.org/sites/default/files/2024-07/WP121_web.pdf.

[105] *FMI (2024). Gen-AI: Artificial Intelligence and the Future of Work.* Disponível em https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2024/01/14/Gen-AI-Artificial-Intelligence-and-the-Future-of-Work-542379?cid=bl-com-SDNEA2024001.

Informe da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) indica que, em razão dos rápidos avanços da IA, da queda dos custos e do crescente desenvolvimento das habilidades pelos trabalhadores, os países-membros estão na iminência de presenciarem uma "revolução da IA". Conforme a OCDE, o impacto nos mercados e locais de trabalho dependerá de como ela for implementada, o que inclui tanto o papel de sua regulamentação quanto a extensão em que trabalhadores e empregadores estão envolvidos por meio do diálogo social[106].

A Consultoria McKinsey, em 2023, indicou que, com a acelerada implementação de ferramentas de Inteligência Artificial Generativa, organizações e lideranças esperam efeitos significativos em todos os setores e na força de trabalho. De modo geral, elas esperam que mais trabalhadores serão requalificados do que afastados. Quase 4 em cada 10 entrevistados de empresas que já adotaram a Inteligência Artificial esperam que mais de 20% da força de trabalho seja recapacitada, e 8% afirmam que o número de trabalhadores diminua em mais de 20%[107].

Pelas avaliações das agências especializadas, o debate em torno do uso da IA no trabalho não passa apenas pela estimativa do número de empregos que desaparecerão. Também não se resume aos potenciais benefícios do progresso tecnológico na criação de novos empregos. O importante é analisar a qualidade dos empregos que permanecerão, que exigirão interações mais frequentes entre os seres humanos e as tecnologias inteligentes.

A experiência de um setor pioneiro no uso da IA, o das plataformas digitais, demonstra seus efeitos tanto para a criação de oportunidades de trabalho quanto de intensificação de sua informalidade, precarização e pejotização. A autonomia da prestação dos serviços pode ser real ou fraudulenta. Mas o efeito da expansão do trabalho por meio de plataformas digitais é o mesmo, ou seja, a ausência de um tomador de serviços responsável pelo cumprimento das normas de proteção social do trabalho.

---

[106] OCDE (2023). *OECD Employment Outlook 2023.* Disponível em file:///C:/Users/TRT22/Downloads/08785bba-en%20(1).pdf.

[107]CONSULTORA MCKINSEY (2023). *O estado da inteligência artificial em 2023: o ano do crescimento explosivo da IA Generativa*. Disponível em https://www.mckinsey.com/capabilities/quantumblack/our-insights/the-state-of-ai-in-2023-generative-ais-breakout-year/pt-br#talent.

Analisar tal dimensão importante. Contudo, é preciso ir além, para examinar o uso da inteligência artificial para a gestão de pessoas no trabalho, conforme se faz a seguir.

3. GESTÃO ALGORÍTMICA DE PESSOAS

O uso de algoritmos e sistemas de inteligência artificial, no meio ambiente de trabalho, está gerando um aumento sem precedentes nas capacidades corporativas de monitorar e controlar as pessoas que trabalham. As empresas agora têm acesso a informações sobre indivíduos que antes eram inacessíveis, envolvendo informações relativas tanto à sua atividade profissional como à sua vida privada, tornando-as praticamente transparentes[108].

Grande quantidade de informações pessoais extraídas de sensores ou dispositivos digitais, informações disponíveis na internet e nas mídias sociais utilizadas para levantar o perfil dos trabalhadores, construção de modelos preditivos capazes de prever mais informações pessoais, utilização de sistemas de aprendizado de máquina estão dando visibilidade a informações altamente sensíveis, como orientação sexual, identidade de gênero, opiniões políticas, etc.

Além disso, sistemas de IA são utilizados para monitorar e controlar a atividade e a produtividade, provocando a intensificação do ritmo de trabalho e ampliando os impactos negativos na saúde física e dos trabalhadores.

Os casos vão se acumulando. Trabalhadores da Amazon, por exemplo, estão sujeitos a uma forma de trabalho que é controlada e direcionada pelos algoritmos e traduzida em uma enorme pressão para "seguir o ritmo" - ou seja, buscar 100 itens por hora nas prateleiras do armazém ou entregar 30 encomendas por hora nas ruas de grandes cidades. Para pressionar seus empregados a trabalhar mais rápido, monitorar a sua adesão à cultura corporativa ou até mesmo espionar o ativismo sindical, a Amazon faz uso de um invasivo sistema de vigilância do local de trabalho[109].

---

[108] INÈS I FABRELLAS, Anna. *Decisiones automatizadas y elaboración de perfiles en el ámbito laboral y su potencial impacto discriminatorio*. *In:* INÈS I FABRELLAS, Anna. *Algoritmos, inteligencia artificial y relación laboral.* Madrid: Arazadi, 2023.

[109] *UNI Global Union (2021). O PANÓPTICO DA AMAZON: um guia para trabalhadores, sindicalistas e formuladores de políticas. Disponível em https://uniglobalunion.org/wp-content/uploads/Amazon-Panopticon_pt_v1.pdf.*

Outro grande risco associado à utilização de sistemas de IA para a gestão de pessoas no trabalho é a discriminação algorítmica. Trata-se de uma velha e vergonhosa prática, que assume novas dimensões e é potencializada por múltiplos fatores. Os vieses presentes nas variáveis utilizadas, nos dados de entrada, nas correlações identificadas ou nos efeitos que geram prejudicam pessoas com certas características, seja em razão de sexo, gênero, raça, idade, incapacidade, religião, ideologia, etc.

Cada vez mais empresas usam técnicas de análise de pessoas para seleção e contratação. Utilizando sistemas de reconhecimento facial e análise automatizada de currículos ou testes de personalidade, é criado perfil profissional dos candidatos a vagas, com o objetivo de identificar aqueles que estão mais bem preparados ou que melhor se adaptam à empresa. Com base no perfil, a contratação é definida por decisão humana ou por decisão automatizada. Nos dois casos, a decisão pode assumir caráter discriminatório, em razão da presença de vieses nos algoritmos.

A criação de perfis pode envolver, por exemplo, o uso de dados pessoais para analisar uma pessoa e prever suas características profissionais, comportamento ou desempenho no trabalho. Um sistema de IA pode analisar o currículo de uma pessoa, incluindo sua educação, experiência, habilidades ou até mesmo seu comportamento ou linguagem usada durante uma entrevista, para tentar prever se ela é organizada, trabalhadora, tem habilidades de liderança, habilidades de trabalho em equipe e assim por diante.

Decisões automatizadas nem sempre envolvem criação de perfil automatizado. Também podem haver decisões humanas a partir de perfis automatizados. Por exemplo, um processo no qual uma empresa usa um sistema de reconhecimento facial durante uma entrevista de emprego para criar um perfil profissional de candidatos e selecionar os candidatos mais adequados para passar para a fase de entrevista, rejeitando automaticamente aqueles menos qualificados, seria um exemplo de criação de perfil e tomada de decisão automatizada.

Contudo, se a empresa cria o perfil profissional, mas a decisão de seleção é posteriormente tomada por um humano, este seria um caso de criação de perfil que não envolve uma decisão automatizada. Por outro lado, a empresa pode tomar decisões automatizadas sem prévia criação de perfil, quando a decisão é baseada em dados reais e não em previsões. Esse seria o exemplo de plataformas de entrega que atribuem tarefas automaticamente com base no número de horas conectadas online na plataforma, sem criar um perfil do indivíduo.

Seleção sexista foi identificada na Amazon. O sistema baseou-se em banco de dados formado pelas contratações realizadas pela empresa nos últimos dez anos. Como a maioria dos contratados era homens, o algorítimo identificou que os homens atendiam melhor ao perfil desejado. Ele penalizou currículos que incluíam a palavra “feminino”, como em "capitã do clube de xadrez feminino", e rebaixou graduadas de duas faculdades só para mulheres. A empresa tentou corrigir o sistema, que continuou reproduzindo o padrão identificado nos dados, avaliando melhor os currículos com linguagem geralmente utilizada pelos homens[110].

A discriminação quase sempre opera de forma indireta, a partir de situação, disposição, critério ou prática aparentemente neutra. As dificuldades para combater a discriminação algorítmica decorrem de variados fatores: sua invisibilidade; sua extensão e intensidade; sua complexidade técnica; a autoridade até agora atribuída à IA; a suposta automatização e objetividade da decisão; a pretendida ausência de intervenção humana; a dificuldade de identificação dos responsáveis (o desenvolvedor da ferramenta, o encarregado da aplicação, os dirigentes da empresa).

Os sistemas de inteligência artificial não apenas reproduzem a discriminação existente, mas também a sistematizam e ampliam. Surgem então novas dimensões da discriminação, que operam de modo constante, uniforme, inflexível, em grande escala e com maior velocidade, limitando seu controle e amplificando os danos. Seu enfrentamento não passa pela criação de categorias jurídicas novas, mas pelo manejo adequado e atualizado da atual doutrina antidiscriminatória, já bem desenvolvida no âmbito das relações de trabalho.

Para minimizar o potencial discriminatório da IA no trabalho, é essencial que os sistemas sejam permanentemente auditados, avaliando-se seu impacto em termos de igualdade com base em gênero, origem racial, idade, deficiência ou capacidade econômica. É necessário também examinar seu impacto em outros direitos fundamentais das pessoas, como privacidade, proteção de dados ou saúde e segurança. Para tanto, revela-se crucial tanto efetivar o direito à proteção do trabalho em face da automação quanto a criação do marco jurídico da inteligência artificial, conforme se analisará em continuação.

---

[110] REUTERS (2018). *Insight - Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women.* Disponível em https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G/.

4. A RESPOSTA DO DIREITO AO USO DA IA NO TRABALHO

Os profissionais do Direito, e os do Direito do Trabalho em especial, estão receosos diante da expansão do uso da inteligência artificial. As reflexões que desenvolvem concentram-se não nos seus possíveis efeitos benéficos, mas nos seus riscos. Tal postura se justifica em razão da experiência com a implantação de tecnologias precedentes. Novas leis e novas interpretações permitiram a correção ou a reparação dos seus efeitos danosos. O mesmo deve ocorrer diante do avanço da IA.

As respostas dos ordenamentos jurídicos ao uso de tecnologia inteligente nas relações de trabalho estão ocorrendo com a adoção de um conjunto de normas específicas e atualizadas que vai dando origem ao que alguns autores já denominam "Direito Algorítmico do Trabalho". Trata-se de um desdobramento, uma derivação, do chamado "Direito Digital do Trabalho", elaborado nos últimos anos para regular a utilização de tecnologias digitas no ambiente de trabalho[111].

Ambos derivam da transformação digital, têm em comum a origem e o código genético. Mas apresentam diferenças. O primeiro reúne distintas normas sobre o uso de tecnologias digitais nas relações de trabalho, incluindo os chamados "direitos digitais". O "Direito Algorítmico do Trabalho" vai se formando a partir da criação de normas para regular o uso da IA no ambiente de trabalho, instituindo princípios e regras para disciplinar a gestão do trabalho por algoritmos[112].

No caso da IA, tecnologia em desenvolvimento, com efeitos desconhecidos, a demanda social por regulação concentra-se nos riscos potenciais, com enfoque essencialmente preventivo. A tendência é antecipar a regulação, fixando normas antes mesmo que os problemas apareçam, para que seu uso nos centros de trabalho se realize de forma responsável e confiável. Tais normas não somente são diversas, como também são complexas, sendo resultado de trabalhos preparatórios que estão buscando soluções adequadas e efetivas para enfrentar as novas realidades.

---

[111] RODRÍGUEZ-PIÑERO, MIGUEL ROYO. *Derecho del trabajo, inteligencia artificial y tutela de las personas.* Disponível em https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/915/755.

[112] Ob. cit.

As normas sobre o uso da IA, a exemplo do que ocorreu com as normas sobre "direitos digitais", estão sendo introduzidas em legislação específica, em diplomas transversais, com conteúdos amplos, com repercussão no ambiente de trabalho. Por ser a IA um fenômeno global, a resposta do Direito também assume caráter global. Por isso mesmo, a regulação parte principalmente da comunidade internacional e de organizações supranacionais, gerando a denominada "globalização jurídica".

O "Direito Algorítmico do Trabalho" vai se formando por normas diversas, complexas. O seu desenvolvimento encontra um fator adicional de resistência. Coincidindo com as preocupações com os efeitos danosos do uso da IA no trabalho, expande-se pelo mundo a prestação de serviços por meio de plataformas, sobretudo as de entrega de alimentação a domicílio e de transporte de pessoas. A criação de normas para a qualificação jurídica desse tipo de trabalho tem servido também de ambiente para regular a gestão algorítmica de pessoas nas empresas em geral.

Consciente dos desafios e oportunidades gerados pela inteligência artificial, a União Europeia é pioneira na construção do marco regulatório. Com notável ativismo, tem aprovado importantes instrumentos normativos, tanto do tipo *soft law*, de natureza não vinculante, quanto do tipo *hard law*, de natureza vinculante. Os textos dispõem sobre aspectos variados, que partem da regulação dos "direitos digitais" e avançam em direção à regulamentação do uso da inteligência artificial, que são aplicáveis no âmbito do trabalho.

Os principais instrumentos normativos editados pela União Europeia são a Declaração Europeia sobre os Direitos e Princípios Digitais (2023/C 23/01), o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dado – RGPD (EU 2016/679) e o Regulamento da Inteligência Artificial (AI Act). O AI Act foi publicado no dia 12 de julho de 2024 no Jornal Oficial da UE e entrou em vigor no dia 1º de agosto de 2024, a ser aplicado de forma gradual. O ato marca um momento crucial na regulamentação global das tecnologias de IA. Para este estudo, importa analisar alguns pontos do AI Act associados às relações de trabalho.

O Regulamento da Inteligência Artificial da União Europeia impõe obrigações aos fornecedores e aos responsáveis pela implantação de tecnologias de IA e regula a autorização de sistemas de inteligência artificial. Estabelece riscos associados a utilizações específicas da IA, classificando-os em quatro níveis: i) risco mínimo ou nulo; ii) risco limitado; iii) risco elevado; e iv) risco inaceitável. O Anexo III, ao regular o artigo 6º, nº 2, do AI Act, identifica vários sistemas de alto risco diretamente

relacionados com o emprego, a gestão dos trabalhadores e o acesso ao trabalho por conta própria.

No nº 4 do Anexo III, em relação ao emprego, gestão de trabalhadores e acesso ao emprego por conta própria, são identificados os sistemas de IA de risco elevado: a) os utilizados no recrutamento ou na seleção de pessoas singulares, designadamente para divulgação de vagas, aplicações de triagem ou filtragem, avaliação de candidatos no decurso de entrevistas ou testes; e b) os utilizados na tomada de decisões sobre promoções ou cessações de relações contratuais de trabalho, na repartição de tarefas e no controle e avaliação do desempenho e do comportamento de pessoas envolvidas nas citadas relações de trabalho.

O Brasil avança no desenvolvimento do "Direito Digital do Trabalho", inciado com o advento da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD). A lei regula o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Aplicável às relações de trabalho, a lei protege os dados pessoais dos trabalhadores em vários aspectos, inclusive quanto a informações de cadastro, dados de jornada, salários, etc.

Com a emergência do "Direito Digital do Trabalho" no Brasil, incide um conjunto de direitos e obrigações para os sujeitos do contrato de trabalho: o consentimento do trabalhador para o tratamento de seus dados pessoais deve ser livre, específico, informado e inequívoco; o empregador deve coletar apenas os dados pessoais que forem necessários para a finalidade do tratamento; o empregador deve adotar medidas de segurança adequadas para proteger os dados pessoais dos trabalhadores contra acessos não autorizados, perdas ou danos; o trabalhador tem direito de acesso aos seus dados pessoais, de solicitar a correção de dados incorretos ou incompletos, de solicitar a exclusão dos seus dados e de oposição ao tratamento de seus dados; podem derivar responsabilidades por danos materiais e/ou extrapatrimoniais em decorrência da ilícita coleta, tratamento, armazenamento e utilização dos dados pessoais dos empregados.

A Lei nº 13.709/2018, a LGPD, cuida da regulação do "Direito Digital do Trabalho", mas trata apenas pontualmente do uso de sistemas de inteligência artificial. Não está configurado no Brasil, ainda, o chamado "Direito Algoritmo do Trabalho". Contudo, a exemplo que ocorre na União Europeia e em outros países, o Brasil já

iniciou o processo legislativo para disciplinar o marco jurídico do uso da IA. O Senado Federal, em 10 de dezembro de 2024, aprovou o Projeto de Lei 2.338/2023, composto por 80 artigos, que dispõe "sobre o desenvolvimento, o fomento e o uso ético e responsável da inteligência artificial com base na centralidade da pessoa humana". Aprovado pelo Senado, o PL encontra-se em discussão na Câmara dos Deputados.

O projeto de lei busca estabelecer normas para a governança responsável de sistemas de IA, objetivando proteger os direitos fundamentais, estimular a inovação responsável e a competitividade e garantir a implementação de sistemas seguros e confiáveis, em benefício da pessoa humana, do regime democrático e do desenvolvimento social, científico, tecnológico e econômico (art. 1º).

A iniciativa legislativa procura fixar os fundamentos e os princípios para o desenvolvimento, a implantação e o uso de sistemas de IA (arts. 2º e 3º). Estabelece também a categorização dos riscos (art. 12), vedando sistemas de risco excessivo (art. 13) e fixando parâmetros para os sistemas de alto risco (arts. 14, 15 e 16).

Em relação ao mundo do trabalho, o PL determina que as autoridades competentes, em cooperação com o Ministério do Trabalho, deverão desenvolver diretrizes para, entre outros objetivos: I – mitigar os potenciais impactos negativos aos trabalhadores, em especial os riscos de deslocamento de emprego e oportunidades de carreira relacionadas à IA; II – potencializar os impactos positivos aos trabalhadores, em especial para melhoria da saúde e segurança do local de trabalho; III – valorizar os instrumentos de negociações e convenções coletivas; IV – fomentar o desenvolvimento de programas de treinamento e a capacitação contínua para os trabalhadores em atividade, promovendo a valorização e o aprimoramento profissional (art. 58).

Como se vê, o PL pretende estabelecer o marco jurídico para o uso da IA, o que afeta diretamente as relações de trabalho. Ao definir princípios, direitos e responsabilidades no desenvolvimento e aplicação da IA, a lei, uma vez aprovada, impactará como as empresas podem utilizar essas tecnologias em processos como recrutamento, seleção, avaliação de desempenho, monitoramento de produtividade e até mesmo na tomada de decisões sobre promoções e dispensas. Portanto, ao buscar garantir o uso legal, justo, ético e transparente da IA, a lei terá o mérito de procurar prevenir e reprimir práticas discriminatórias ou que violem direitos fundamentais dos trabalhadores.

O Projeto de Lei 2.338/2023, sujeito ao amplo debate e ao necessário aperfeiçoamento, constitui movimento importante em direção à construção do "Direito Algorítmico" no Brasil. É um passo à frente em relação aos "direitos digitais", considerados de primeira geração, que incluem o direito à preservação da intimidade, desconexão digital, trabalho a distância, já reconhecidos pela Lei nº 13.709/2018 (LGPD). O PL, ao incorporar a experiência normativa da União Europeia, dá início ao desenvolvimento de uma nova geração de direitos, associados ao uso da IA, ensejando a formação do "Direito Algorítmico do Trabalho", microssistema jurídico fundamental à regulação da gestão algorítmica do trabalho humano.

6. REFLEXÕES CONCLUSIVAS

A difusão da inteligência artificial ocorre de modo rápido, intenso e em todos os níveis. A IA tem aspectos positivos e negativos. O uso que dela se faz determina o seu modo de modificar a realidade, para o bem ou para o mal. Cabe ao Direito o desafio de regulá-la, para que seu desenvolvimento e implantação ocorra dentro de valores e princípios humanos. A regulação de seu uso no ambiente de trabalho envolve importantes desafios empresariais, éticos, técnicos e jurídicos.

Os desafios decorrem de vários fatores, inclusive por se tratar de uma tecnologia ainda em desenvolvimento e por serem ainda desconhecidos todos os seus efeitos no meio ambiente de trabalho. Para enfrentá-los, é fundamental a instituição de políticas públicas novas e robustas e a formação de novo marco jurídico, produzindo e sistematizando um conjunto de normas destinadas à proteção do trabalho humano.

As respostas dos ordenamentos jurídicos ao uso de tecnologia inteligente nas relações de trabalho estão ocorrendo com a adoção de um conjunto de normas específicas e atualizadas que vai dando origem ao que alguns autores já denominam "Direito Algorítmico do Trabalho". Trata-se de um desdobramento, uma derivação, do chamado "Direito Digital do Trabalho", elaborado nos últimos anos para regular a utilização de tecnologias digitas no ambiente de trabalho.

A proteção a ser garantida pelo Direito Algorítmico do Trabalho deve conter múltiplas dimensões: inibição do desemprego tecnológico, buscando criar mecanismos que evitem a substituição massiva de trabalhadores por máquinas e sistemas automatizados; proteção à saúde e à segurança dos trabalhadores, impondo a criação de mecanismos que evitem abusos e sobrecargas laborais na interface com as

máquinas; e instituição de parâmetros normativos para regular seu uso para tomada de decisões sobre seleção, contratação, distribuição de tarefas, definição de salários, fixação de jornadas, evolução na carreira, realização de sanções e dispensas de trabalhadores.

O uso de tecnologia inteligente no ambiente de trabalho é uma realidade que não pode ser ignorada, mas isso deve ser feito de forma legal, justa e transparente, para garantir os direitos dos trabalhadores. O desafio da regulação jurídica da inteligência artificial é fazer do trabalho um produto da inteligência humana que garanta a harmonização prática entre desenvolvimento tecnológico e coexistência social com justiça e dignidade.

Referências bibliográficas

BLINDER, Daniel. El trabajo y la inteligencia artificial: entre el temor y el optimismo. Disponível em https://nuso.org/articulo/el-trabajo-y-la-inteligencia-artificial/

INÈS I FABRELLAS, Anna. Prólogo. El impacto laboral de los algoritmos. In: INÈS I FABRELLAS, Anna. Algoritmos, inteligencia artificial y relación laboral. Madrid: Arazadi, 2023.

INÈS I FABRELLAS, Anna. Decisiones automatizadas y elaboración de perfiles en el ámbito laboral y su potencial impacto discriminatorio. In: INÈS I FABRELLAS, Anna. Algoritmos, inteligencia artificial y relación laboral. Madrid: Arazadi, 2023.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Apresentação. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da (org). Futuro do trabalho: os desafios da revolução industrial na sociedade. Brasília: ESMPU, 2020.

CONSULTORA MCKINSEY (2023). O estado da inteligência artificial em 2023: o ano do crescimento explosivo da IA Generativa. Disponível em https://www.mckinsey.com/capabilities/quantumblack/our-insights/the-state-of-ai-in-2023-generative-ais-breakout-year/pt-br#talent.

FMI (2024). Gen-AI: Artificial Intelligence and the Future of Work. Disponível em https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2024/01/14/Gen-AI-Artificial-Intelligence-and-the-Future-of-Work-542379?cid=bl-com-SDNEA2024001.

HARARI, Yuval. Nexus: Uma breve história das redes de informação, da Idade da Pedra à inteligência artificial. São Paulo: Companhia das Letras, 2025.

OCDE (2023). OECD Employment Outlook 2023. Disponível em file:///C:/Users/TRT22/Downloads/08785bba-en%20(1).pdf.

OIT (2023). Generative AI and jobs: A global analysis of potential effects on job quantity and quality, Informe nº 96. Disponível em https://www.ilo.org/sites/default/files/2024-07/WP96_web.pdf.

OIT (2024). A IA Generativa e os empregos na América Latina e no Caribe: a brecha digital é um amortecedor ou um gargalo? Disponível em https://www.ilo.org/sites/default/files/2024-07/WP121_web.pdf.

REUTERS (2018). Insight - Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women. Disponível em https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G/.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, MIGUEL ROYO. Derecho del trabajo, inteligencia artificial y tutela de las personas. Disponível em https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/915/755.

UNI Global Union (2021). O PANÓPTICO DA AMAZON: um guia para trabalhadores, sindicalistas e formuladores de políticas. Disponível em https://uniglobalunion.org/wp-content/uploads/Amazon-Panopticon_pt_v1.pdf.

Inteligência artificial e o trabalho prestado por humanos: que futuro?

Ana Catarina Carvalho[113]

Resumo: *A inteligência artificial desempenha um papel determinante na transformação dos processos empresariais, ao mesmo tempo que suscita debates profundos acerca da sua interrelação com o trabalho humano. Com a possibilidade de desenvolvermos cérebros artificiais dotados de uma inteligência igual ou superior à dos cérebros humanos, estes debates adquirem uma nova dimensão, profundidade e urgência.*

Sumário: *1. Introdução. 2. Reflexões (muitíssimo) breves: inteligência artificial, algoritmo e código de algoritmo. 3. Do panorama atual ao potencial futuro: explorando a inteligência artificial. 4. Humanos e inteligência artificial: a evolução no trabalho. 5.Conclusão. 6. Bibliografia.*

1. Introdução

Para melhorar a eficiência e a eficácia dos seus processos de negócio, as empresas procuram adotar as mais recentes inovações tecnológicas, incluindo a inteligência artificial.

Este facto, associado ao rápido progresso desta tecnologia, suscita várias questões sobre o impacto real da inteligência artificial no mercado de trabalho.

Por um lado, há quem alerte para o fim do trabalho humano e a sua total substituição pela inteligência artificial. Por outro lado, há quem defenda que as inovações e revoluções tecnológicas anteriores melhoraram a vida dos trabalhadores, resultando na procura do trabalho humano em outras tarefas e num decréscimo do desemprego.

Se até então podíamos considerar que a inteligência artificial afetaria a quantidade e a natureza do trabalho, automatizando tarefas específicas de algumas profissões - sem, contudo, tornar o trabalhador totalmente substituível, desde que se reinventasse

[113] Advogada e mestre em Direito Judiciário (Direitos Processuais e Organização Judiciária), pela Escola de Direito da Universidade do Minho. anacatarinacarvalho-56908L@adv.oa.pt.

continuamente e adicionasse ao seu trabalho uma componente racional, estratégica e de efetivo valor acrescentado -, atualmente, confrontamo-nos com a possível criação de cérebros artificiais dotados de uma inteligência igual ou superior à dos cérebros humanos em todos os domínios: a designada inteligência artificial geral.

Independentemente das questões sobre o que se entende por inteligência e os critérios para determinar a superioridade da inteligência artificial geral, é precisamente a perspetiva da sua existência que nos impele a questionar: será que os seres humanos deixarão de ser empregáveis?

Para analisar esta problemática, começaremos com uma reflexão breve sobre os conceitos de inteligência artificial, algoritmo e código algorítmico. Em seguida, examinaremos o panorama atual e as perspetivas futuras da inteligência artificial. Concluiremos com uma análise da interação e interdependência da inteligência artificial geral com o trabalho humano.

2. Reflexões (muitíssimo) breves: inteligência artificial, algoritmo e código de algoritmo

Ao iniciarmos o estudo sobre o tema, a primeira questão que nos surgiu foi: o que é a inteligência artificial? A inteligência artificial tem muitas aplicações práticas e está em fase de investigação, portanto, não há uma resposta única ou universalmente aceite. Não nos parece despropositado descrevê-la, sumariamente, como um conjunto de algoritmos capazes de analisar dados, extrair conhecimento e gerar respostas. Sendo assim, a questão que colocamos em seguida foi: o que é um algoritmo? No contexto que nos interessa, trata-se de uma sequência finita de instruções claras e bem definidas, geralmente destinadas a resolver um problema ou executar uma tarefa. Se considerarmos que a essência dos algoritmos reside na aplicação prática de conceitos e fórmulas matemáticas, os seus códigos representam a matemática em ação, já que convertem abstrações teóricas em operações realizáveis.

3. Do panorama atual ao potencial futuro: explorando a inteligência artificial

Até há alguns anos, compreendíamos plenamente o funcionamento e os processos dos nossos algoritmos, concebidos essencialmente para realizar tarefas específicas e previsíveis. Atualmente, os algoritmos são capazes de se adaptar, de interagir uns com os outros e até de utilizar os resultados provenientes de outros algoritmos. Este fenómeno marca a ascensão de uma inteligência artificial que transcende a automatização de tarefas rotineiras e se posiciona como uma força transformadora.

Os avanços da inteligência artificial são vastos. Entre eles, destaca-se a capacidade de gerar linguagem natural, que lhe permite não só manter conversas interativas, como também criar conteúdos criativos, resumir informações complexas e realizar traduções com um nível de precisão equiparado ao dos humanos. Esta capacidade é complementada por progressos no reconhecimento visual e de voz, que permitem identificar objetos e padrões, interpretar imagens e transcrever falas com notável exatidão[114]. No campo criativo, a inteligência artificial transcendeu barreiras, abrindo novos horizontes para a produção de arte[115] em colaboração com os humanos. Para além disso, a inteligência artificial desempenha um papel crucial no progresso da

[114] Em Portugal, a Assembleia da República desenvolveu e implementou o sistema de transcrição automática, utilizando modelos de inteligência artificial avançados. Este sistema é responsável por transcrever, de forma autónoma, os conteúdos das reuniões plenárias e das comissões parlamentares, cabendo aos redatores assegurar a revisão cuidadosa do texto, adicionando detalhes essenciais que o enriqueçam e complementem. Cf. a notícia, de 12.11.2024, "Inteligência artificial ajuda trabalho da Assembleia da República". Disponível em WWW:<URL: https://sicnoticias.pt/programas/futurohoje/2024-11-12-video-inteligencia-artificial-ajuda-trabalho-da-assembleia-da-republica--e32a6c86>. Acesso em 19.03.2025.

[115] Em 2023, Boris Eldagsen venceu, na categoria criativa, os prémios mundiais de fotografia "Sony World Photography Award", contudo o artista recusou o prémio revelando que a obra apresentada foi gerada por inteligência artificial. Boris Eldagsen argumentou que as imagens criadas por inteligência artificial e a fotografia tradicional não se confundem, por isso, não deveriam competir entre si na mesma categoria em prémios como este. Cf. a notícia, de 18.04.2023, "Fotógrafo recusa prémio e admite que imagem vencedora foi criada por inteligência artificial". Disponível em WWW:<URL: https://visao.pt/exameinformatica/noticias-ei/mercados/2023-04-18-fotografo-imagem-vencedora-foi-criada-por-inteligencia-artificial/>. Acesso em 19.03.2025. No ano de 2024, o fotógrafo Miles Astray alcançou o terceiro lugar na categoria de inteligência artificial do concurso internacional "1839 Awards", com uma fotografia real, capturada por si. Cf. a notícia, de 19.06.2024, "A realidade supera a IA: esta fotografia conseguiu enganar o júri do concurso". Disponível em WWW:<URL: https://www.nationalgeographic.pt/mundo-animal/fotografias-de-animais/inteligencia-artificial-1839-awards-imagem-real_5128>. Acesso em 19.03.2025.

investigação científica e na análise de grandes volumes de dados. No setor da medicina, por exemplo, tem contribuído de forma significativa para o diagnóstico de doenças e a personalização de tratamentos[116], garantindo maior eficiência e precisão. Estes avanços, alicerçados numa combinação de processamento de dados, reconhecimento de padrões e elevada potência computacional, continuam a expandir as fronteiras do possível, impulsionando a inteligência artificial para direções que outrora seriam consideradas inatingíveis.

Embora a inteligência artificial tenha alcançado avanços notáveis, ainda enfrenta limitações significativas no seu funcionamento. Uma das mais evidentes é a sua incapacidade de compreender verdadeiramente o significado das palavras. Apesar de ser capaz de gerar textos coerentes e precisos, o seu processo baseia-se na identificação de padrões estatísticos, e não numa compreensão genuína ou profunda. Em essência, a inteligência artificial não entende, de facto, o conteúdo do que comunica, limitando-se a replicar padrões linguísticos que aprendeu com base em grandes volumes de dados. Falta-lhe a intencionalidade e o entendimento semântico profundo, intrínsecos à cognição humana.

Outra das suas limitações é a compreensão não verbal. Ainda que os modelos avançados de reconhecimento de voz sejam capazes de analisar o tom, a intensidade e a velocidade da fala para inferir estados emocionais, como cólera, hesitação ou alegria, a sua precisão e sensibilidade ainda revelam limitações. Tal restrição compromete a capacidade da inteligência artificial de interpretar nuances emocionais de forma tão refinada como os humanos.

---

[116] Explorando uma perspectiva global do assunto, cf. as notícias, de 24.09.2024, "Diagnóstico precoce e redução de riscos: como a IA pode ser usada na medicina", de 05.12.2024, "Medicina e IA: um futuro mais humano?", e de 31.03.2025, "Inteligência artificial permite que mulher tetraplégica "fale" pela primeira vez em 18 anos". Disponíveis em WWW:<URL: https://ver.pt/medicina-e-ia-um-futuro-mais-humano/; https://www.cnnbrasil.com.br/saude/diagnostico-precoce-e-reducao-de-riscos-como-ia-pode-ser-usada-na-medicina/; https://www.jn.pt/1032941235/inteligencia-artificial-permite-que-mulher-tetraplegica-fale-pela-primeira-vez-em-18-anos/#iss=https%3A%2F%2Fsso.noticiasilimitadas.pt%2Frealms%2FNI_PRD&iss=https%3A%2F%2Fsso.noticiasilimitadas.pt%2Frealms%2FNI_PRD&iss=https%3A%2F%2Fsso.noticiasilimitadas.pt%2Frealms%2FNI_PRD&iss=https%3A%2F%2Fsso.noticiasilimitadas.pt%2Frealms%2FNI_PRD>, respetivamente. Acesso em 19.03.2025.

Além disso, a inteligência artificial carece de raciocínio abstrato e da capacidade de generalização. Incapaz de extrapolar conhecimentos para contextos completamente novos ou de lidar com situações inesperadas, a inteligência artificial permanece confinada aos limites dos dados que lhe foram fornecidos. Por exemplo, enquanto os seres humanos conseguem aplicar conceitos adquiridos num domínio a outro, a inteligência artificial opera apenas dentro do escopo dos padrões previamente definidos.

Por fim, destaca-se a ausência de consciência. Diferentemente dos seres humanos, a inteligência artificial não possui um "eu" que lhe permita experienciar o mundo subjetivamente ou refletir sobre si mesma. O seu funcionamento é exclusivamente orientado por algoritmos e dados, desprovido de emoções, intenções ou propósito próprio. Esta ausência de autoconsciência impede-a de interpretar a complexidade emocional, as ambiguidades e as subtilezas que definem as interações humanas, limitando-a à reprodução mecânica de padrões aprendidos.

Enquanto os humanos agem motivados pela razão, pela emoção e pelos valores adquiridos por meio da experiência, a inteligência artificial opera exclusivamente com base em lógica, limitando-se ao processamento de informações contidas nos dados disponíveis. Ainda que os avanços tecnológicos tenham permitido à inteligência artificial simular emoções ou inferir estados emocionais em contextos específicos, tais capacidades não passam de reproduções mecânicas, desprovidas de qualquer entendimento genuíno.

A inteligência artificial não consegue sentir empatia. Atua de acordo com os princípios éticos para os quais foi programada. Isto cria uma barreira intransponível que a impede de compreender verdadeiramente a complexidade das relações humanas e o impacto das suas próprias ações no mundo real.

Superar as limitações atuais da inteligência artificial exigirá investimento financeiro[117], investigação científica rigorosa e inovações tecnológicas disruptivas. Entre essas inovações, destaca-se a importância de desenvolver infraestruturas

[117] Cf. as notícias, de 22.01.2025, "Trump anuncia acordo para investimento de 500 mil milhões de dólares em IA", e de 11.02.2025, "UE vai mobilizar 200 mil milhões de euros para investimentos em inteligência artificial". Disponíveis em WWW:<URL: https://pt.euronews.com/next/2025/02/11/ue-vai-mobilizar-200-mil-milhoes-de-euros-para-investimentos-em-inteligencia-artificial; https://expresso.pt/internacional/eua/2025-01-22-trump-anuncia-acordo-para-investimento-de-500-mil-milhoes-de-dolares-em-ia-1b7e57c1>, respetivamente. Acesso em 19.03.2025.

tecnológicas avançadas, como supercomputadores ou computadores quânticos, capazes de oferecer uma maior capacidade de processamento e armazenamento de grandes volumes de dados.

A eficácia da inteligência artificial está intrinsecamente ligada à análise de vastos conjuntos de dados, dos quais extrai padrões, informações e diretrizes para tomar decisões. Neste contexto, infraestruturas tecnológicas de elevado desempenho são fundamentais para acelerar este processo analítico, viabilizar a entrega de soluções em tempo real e aumentar significativamente a eficiência e a aplicabilidade da inteligência artificial.

Com o aumento exponencial da velocidade e da capacidade de processamento, surge um desafio: o consumo energético. Infraestruturas de alto desempenho dependem de um fornecimento energético robusto para assegurar operações estáveis e eficientes. Neste âmbito, os sistemas de refrigeração tornam-se elementos indispensáveis. Tecnologias avançadas, como a refrigeração líquida direta e a imersão em líquidos dielétricos, destacam-se pela sua elevada eficácia na dissipação de calor. Estas soluções são aplicadas no supercomputador "El Capitan", considerado o mais rápido do mundo em novembro de 2024[118].

Adicionalmente, o desenvolvimento de materiais com elevada condutividade térmica tem-se revelado essencial para a otimização da gestão térmica, ao distribuir uniformemente o calor e ao prolongar a vida útil dos componentes das infraestruturas. Paralelamente, as tecnologias de monitorização em tempo real desempenham igualmente um papel crucial, ao permitir ajustes imediatos que garantem o funcionamento ideal.

Independentemente da complexidade e da sofisticação que os algoritmos possam alcançar, o seu verdadeiro potencial e a sua utilidade prática dependem de condições computacionais otimizadas. Não é suficiente que um algoritmo seja conceitualmente avançado, é necessário que consiga operar de forma eficiente e em tempo útil. Isto é especialmente evidente na área da saúde. O algoritmo desenvolvido para identificar tumores em exames médicos de alta resolução, sem o suporte de recursos

[118] Cf. a notícia, de 21.11.2024, "El Capitan da HPE é o supercomputador mais rápido do mundo e dá liderança aos EUA". Disponível em WWW:<URL: https://tek.sapo.pt/noticias/computadores/artigos/el-capitan-da-hpe-e-o-supercomputador-mais-rapido-do-mundo-e-da-lideranca-aos-eua>. Acesso em 20.03.2025.

computacionais robustos para processar os dados com rapidez e eficiência, pode não fornecer diagnósticos em tempo útil.

Assim, sem as infraestruturas adequadas, de alto desempenho, até os algoritmos mais avançados ficam confinados ao âmbito teórico, sem conseguirem aplicar-se de forma eficaz na prática.

O progresso contínuo das tecnologias permitirá o processamento de um maior número de dados a velocidades extraordinárias e a análise de padrões complexos em grandes escalas. Esses avanços poderão culminar na criação de máquinas capazes de adquirir, assimilar, criar e transmitir conhecimento de forma autónoma, adaptando-se ao contexto das interações com um nível de sofisticação tal que poderá igualar, ou até mesmo superar, a cognição humana.

Uma das capacidades mais revolucionárias dessa inteligência artificial será o raciocínio abstrato, que lhe permitirá transcender os limites dos dados disponíveis e ir além da mera análise factual. Com esta competência, a inteligência artificial será capaz de integrar conhecimentos dispersos, identificar relações ocultas e conceptualizar ideias inovadoras. Ao reunir informações provenientes de diferentes fontes, a inteligência artificial terá a capacidade de criar uma visão coerente e coesa. A título exemplificativo, ao relacionar dados climáticos com padrões agrícolas, a inteligência artificial poderá propor novas estratégias para mitigar os impactos das alterações climáticas na produção de alimentos essenciais, promovendo, assim, uma agricultura mais sustentável. Esta integração de conhecimento possibilitará colaborações interdisciplinares, abrangendo, no caso, áreas como biologia, química e tecnologia.

A capacidade de identificar relações ocultas permitirá que a inteligência artificial descubra correlações e padrões que escapam à mente humana. No domínio da segurança cibernética, por exemplo, poderá antecipar ataques sofisticados ao detetar indícios subtis espalhados em redes globais de dados. Além disso, este raciocínio abstrato abrirá caminho para novas abordagens na resolução de problemas complexos. Na área da medicina, a inteligência artificial poderá propor tratamentos inovadores ao cruzar dados provenientes de sintomas, históricos clínicos e avanços emergentes em biotecnologia, transformando os processos de diagnóstico e tratamento de doenças de maneira profunda e impactante.

Adicionalmente, esta inteligência artificial integrará o entendimento semântico e a intencionalidade nas suas interações, o que lhe permitirá compreender tanto o significado literal como o contexto implícito das palavras. Essa competência

possibilitará a interpretação de nuances linguísticas, como o sarcasmo ou as subtilezas culturais, e a adaptação das suas respostas aos contextos emocionais, sociais e culturais de cada situação. No atendimento ao cliente, por exemplo, será capaz de identificar a frustração de um cliente irritado, oferecendo respostas mais empáticas e eficazes. Além disso, ajustará o seu estilo de linguagem ao perfil do utilizador, comunicando de forma mais técnica com especialistas ou de maneira mais simples e acessível com o público em geral.

Este entendimento semântico e contextual permitirá ainda à inteligência artificial estabelecer diálogos mais fluídos e colaborativos. Conseguirá manter conversas longas e interativas, recordando tópicos discutidos anteriormente e ajustando o fluxo do diálogo às preferências dos utilizadores. No contexto empresarial, terá a capacidade de interpretar simultaneamente os *inputs* de vários intervenientes e propor soluções que conciliem interesses divergentes, promovendo decisões informadas e equilibradas. Em reuniões complexas, poderá atuar como moderadora, sintetizando as ideias apresentadas e oferecendo resultados consensuais que atendam às diversas perspetivas.

Além disso, equipada com algoritmos avançados de aprendizagem contínua e meta-aprendizagem, esta inteligência não dependerá exclusivamente da reprogramação humana. Será capaz de construir conhecimento de forma autónoma e utilizá-lo para reconfigurar e otimizar os seus próprios algoritmos. Demonstrará flexibilidade e autonomia ao interpretar dados novos e a ajustar-se continuamente aos desafios e contextos que surjam. Com a capacidade de "aprender a aprender", será capaz de se aprimorar de forma mais eficiente, reduzindo significativamente o tempo necessário para desenvolver novas ideias. A título exemplificativo, na área da saúde poderá identificar padrões genéticos associados a doenças raras e sugerir tratamentos personalizados com base numa análise aprofundada dos dados.

Por outro lado, discute-se a possibilidade de a inteligência artificial adquirir consciência. A consciência, tal como a entendemos nos seres humanos, envolve subjetividade, autorreflexão e a perceção de si próprio no mundo. Alguns autores, como David Chalmers, defendem que os avanços científicos e tecnológicos poderão permitir compreender os mecanismos da consciência e replicá-los em sistemas

artificiais[119]. Nesse cenário, as máquinas conscientes poderiam transformar radicalmente as suas interações com o mundo, deixando de ser meros processadores de dados para se tornarem agentes com intencionalidade própria, capazes de agir de forma autónoma e informada. Outros autores, como Jaan Aru, Matthew Larkum e Mac Shine, consideram a consciência artificial inalcançável. Argumentam que a experiência subjetiva está intrinsecamente ligada a processos biológicos únicos, impossíveis de replicar em tecnologia[120].

Independentemente da concretização ou não dessa possibilidade, a inteligência artificial, com as capacidades que já demonstra - como raciocínio, compreensão e adaptação - tem o potencial de redefinir os limites do que é considerado possível.

Face à possibilidade de criarmos cérebros artificiais com uma inteligência equivalente ou superior à humana, torna-se pertinente responder à questão que colocamos: será que os seres humanos tornar-se-ão não empregáveis?

4. Humanos e inteligência artificial: a evolução no trabalho

Ao longo da história, as inovações tecnológicas sempre dividiram opiniões. Nas últimas décadas do século XX, a ampla adoção da internet suscitou o receio de que milhões de empregos seriam eliminados. De facto, sectores inteiros enfrentaram disrupções profundas. Um exemplo evidente dessa transformação foi a substituição de formas tradicionais de comunicação, como a carta postal e o fax, por ferramentas digitais, como o correio eletrónico. Esta nova tecnologia rapidamente se tornou indispensável tanto no meio empresarial como na esfera pessoal, simplificando e acelerando a troca de informações.

Para além de facilitar a comunicação, a transição digital impulsionou novas formas de interação, como o marketing digital e as redes sociais, que atualmente desempenham um papel central na economia global. Estas ferramentas não apenas

[119] Cf., por exemplo, a notícia, de 18.03.2025, "WATCH: A Neuroscientist and a Philosopher Debate AI Consciousness". Disponível em WWW:<URL: https://ai.princeton.edu/news/2025/watch-neuroscientist-and-philosopher-debate-ai-consciousness>. Acesso em 21.03.2025.

[120] ARU, J., LARKUM, M. E., SHINE, J. M., "The feasibility of artificial consciousness through the lens of neuroscience", *In: Trends in Neurosciences*, volume 46, edição 12, dezembro de 2023, pp.1008-1017.

redefiniram os canais de comunicação, como também criaram novos setores e oportunidades, demonstrando que as disrupções tecnológicas, embora desafiantes, podem abrir caminhos inovadores e promissores.

De forma semelhante, o comércio enfrentou uma transformação profunda com o advento do comércio eletrónico, que revolucionou as dinâmicas tradicionais de consumo. Plataformas como a Amazon remodelaram os hábitos de compra, substituindo processos físicos por transações digitais e fomentaram novas profissões ligadas à logística, à análise de dados do consumidor e ao desenvolvimento de experiências personalizadas de compra. Apesar destas mudanças, tanto no setor das comunicações como no do comércio, a internet não eliminou completamente o trabalho humano. Pelo contrário, trouxe consigo novas profissões até então inexistentes, como gestores de conteúdos digitais, criadores de conteúdos online e analistas de dados. Além disso, tornou o teletrabalho uma prática amplamente adotada, permitindo que indivíduos de diferentes partes do mundo colaborem de forma eficaz. Este fenómeno reflete a dualidade das mudanças tecnológicas, em que, ao mesmo tempo que empregos desaparecem, novas funções emergem para responder às exigências dos avanços.

O impacto da inteligência artificial no mercado de trabalho segue uma dinâmica semelhante, mas com um potencial de alcance ainda maior[121]. A inteligência artificial já demonstra ser capaz de substituir os humanos em tarefas repetitivas e analíticas, como nos sistemas automatizados de atendimento ao público[122]. Os tradutores, por exemplo, têm enfrentado mudanças significativas nas suas profissões devido às ferramentas de inteligência artificial que conseguem traduzir textos com precisão

[121] De acordo com um estudo da Fundação Manuel dos Santos, quase 30% dos empregos em Portugal estão em risco de desaparecer devido à inteligência artificial - cf. a notícia, de 04.04.2025, "Quase 30% dos empregos em Portugal em risco de desaparecer devido à inteligência artificial e automação". Disponível em WWW:<URL: https://sicnoticias.pt/especiais/inteligencia-artificial/2025-04-04-video-quase-30-dos-empregos-em-portugal-em-risco-de-desaparecer-devido-a-inteligencia-artificial-e-automacao-93e66fcd>. Acesso em 13.04.2025.

[122] Cf. a notícia, de 11.03.2025, "Chama-se Elisa, foi criada com inteligência artificial e é a nova assistente das IPSS em Viana". Disponível em WWW:<URL: https://ominho.pt/chama-se-elisa-foi-criada-com-inteligencia-artificial-e-e-a-nova-assistente-das-ipss-em-viana/>. Acesso em 21.03.2025.

crescente[123]. À medida que a tecnologia avança, prevê-se que a inteligência artificial se torne apta a desempenhar funções mais complexas, como análises estratégicas, tomada de decisões baseadas em grandes volumes de dados e resolução de problemas abstratos. Estes desenvolvimentos reforçam a necessidade de refletir sobre o papel dos humanos na nova realidade tecnológica.

Num futuro em que a inteligência artificial geral e a inteligência humana coexistam a colaboração entre ambas tem o potencial de transformar profundamente a produtividade, tanto em termos quantitativos como qualitativos.

A produtividade *per capita* em Portugal está abaixo da média da União Europeia.

A inteligência artificial destaca-se pela sua extraordinária capacidade de processar grandes volumes de dados a velocidades inimagináveis. Sob supervisão humana, esses dados podem ser alinhados com valores éticos, sociais e culturais, viabilizando descobertas que, tradicionalmente, demorariam anos ou até décadas a ser alcançadas.

Além disso, o funcionamento ininterrupto da inteligência artificial - 24 horas por dia, 7 dias por semana - assegura uma produção constante e otimizada. Este ritmo contínuo maximiza os resultados, permitindo aos humanos focarem-se no seu bem-estar e dedicarem-se a tarefas estratégicas, como o planeamento e a implementação de soluções ágeis para os desafios.

Outro aspeto relevante é a precisão intrínseca da inteligência artificial. Com taxas de erro extremamente reduzidas na execução de tarefas rotineiras, a inteligência artificial contribui para minimizar o desperdício de recursos, eliminar o retrabalho e garantir consistência operacional, mantendo elevados padrões de qualidade, independentemente do volume de produção.

Para além das vantagens quantitativas, a colaboração entre os humanos e a inteligência artificial geral apresenta um impacto notável na produtividade qualitativa. Um dos aspetos mais transformadores desta parceria é o enriquecimento da criatividade. A inteligência artificial atua como uma ferramenta catalisadora, capaz de gerar ideias que os humanos podem refinar e aprofundar, conferindo-lhes forma e significado, afinal a inteligência artificial geral não os limita, nem os incapacita. O expetável é que a inteligência humana se desenvolva e se aprimore.

---

[123] Cf. a notícia, de 20.02.2025, "Tradutores afirmam que inteligência artificial ameaça extinguir a profissão". Disponível em WWW:<URL: https://observador.pt/2025/02/20/tradutores-afirmam-que-inteligencia-artificial-ameaca-extinguir-a-profissao/>. Acesso em 21.03.2025.

Esta sinergia também beneficia a tomada de decisões estratégicas e personalizadas. Ao analisar vastos conjuntos de dados, a inteligência artificial fornece *insights* preditivos e análises detalhadas, possibilitando decisões humanas mais informadas, eficazes e conscientes. Se nos permitirmos, nós, humanos, estamos em constante evolução.

Para que esta parceria prospere e alcance o seu potencial pleno, é indispensável investir na educação e na requalificação contínua das pessoas. Apenas assim será possível garantir que os humanos acompanham a evolução da tecnologia e colaboram de forma harmoniosa e eficaz com a inteligência artificial.

A educação do futuro deve abraçar uma abordagem holística que vá além do domínio técnico, incorporando o desenvolvimento de capacidades humanas como o pensamento crítico, a inteligência emocional e os princípios éticos. Estas competências são essenciais para assegurar que os avanços tecnológicos são aplicados de forma responsável e em consonância com os valores coletivos.

A automação, ao substituir os humanos em tarefas rotineiras e repetitivas, tem vindo a reduzir as oportunidades de emprego para trabalhadores com baixa qualificação. Este fenómeno realça o risco de exclusão de uma ampla parcela da força de trabalho, sublinhando a necessidade urgente de implementar programas de requalificação eficazes. Estes programas devem fornecer uma base sólida de competências digitais e técnicas, capacitando os trabalhadores para colaborarem com sistemas inteligentes e, assim, desempenharem novas funções no mercado.

À medida que estas transformações se consolidam, o mercado de trabalho requer um novo conjunto de competências. As funções baseadas na execução mecânica estão a ser substituídas por papéis mais estratégicos, onde se valorizam a análise de dados, a supervisão de sistemas automatizados e a aplicação de soluções criativas para problemas complexos. Neste contexto, a adaptabilidade torna-se uma qualidade indispensável num ambiente em constante evolução, exigindo que os profissionais sejam flexíveis e ágeis face aos desafios emergentes.

As competências digitais e técnicas assumem um papel central na integração dos indivíduos no mercado de trabalho contemporâneo, abrangendo desde o domínio de ferramentas básicas até conhecimentos especializados em programação, análise preditiva e operação de sistemas inteligentes. Contudo, a formação técnica deve ser constantemente ajustada às rápidas mudanças do cenário tecnológico, garantindo que a força de trabalho se mantém atualizada e preparada para os desafios futuros.

Para enfrentar esta realidade de forma completa, é essencial uma combinação equilibrada entre competências técnicas e competências interpessoais. As chamadas *soft skills*, como comunicação clara, capacidade de adaptação, pensamento criativo e literacia ética desempenham um papel decisivo na construção de equipas híbridas harmoniosas, onde humanos e máquinas colaboram de forma eficiente e produtiva. Esta união é indispensável para maximizar o potencial da interação entre tecnologias avançadas e capacidades humanas, promovendo um ambiente de trabalho equilibrado e inovador.

Ao mesmo tempo, a rápida evolução das exigências tecnológicas torna a aprendizagem contínua imprescindível nesta transformação. O ritmo acelerado das inovações pode tornar obsoletas muitas competências previamente adquiridas, exigindo uma requalificação constante da força de trabalho. A inteligência artificial surge como uma solução transformadora ao assumir o papel de "tutora personalizada", capaz de identificar lacunas individuais e propor trilhas de aprendizagem adaptadas. Este processo educativo poderá garantir que todos possam acompanhar as mudanças do mercado e que todos possam integrar-se plenamente num ambiente tecnológico em constante renovação.

A relação entre humanos e máquinas vai além de uma lógica de substituição. Trata-se de um processo de reinvenção. À medida que a inteligência artificial evolui para níveis comparáveis ou superiores aos humanos, ela não apenas transforma o modo como trabalhamos, mas também expande as possibilidades de cocriação e resolução de problemas. Para que este progresso ocorra de forma ética e benéfica, é fundamental que as máquinas operem dentro de parâmetros que respeitem os direitos humanos e os valores sociais.

A inteligência artificial, independentemente da sua sofisticação, reflete os valores e as intenções dos seus criadores, sendo em última instância uma criação humana. O impacto desta tecnologia, seja positivo ou negativo, dependerá de como escolhemos utilizá-la, o que sublinha uma enorme responsabilidade. Cada decisão, desde a programação dos algoritmos até à definição dos seus objetivos, molda o potencial da inteligência artificial para contribuir ou prejudicar.

Além disso, é necessário reconhecer que a inteligência artificial não está isenta de falhas. Os preconceitos e vieses dos seus criadores podem ser reproduzidos e, num cenário em que atinja uma inteligência comparável ou superior à humana, amplificados. Este cenário reforça a necessidade urgente de supervisão contínua e de

uma abordagem ética e rigorosa no seu desenvolvimento. Perante a capacidade de tomar decisões autónomas, torna-se essencial garantir que essas escolhas estejam alinhadas com os valores e interesses coletivos. Para isso, devem ser implementados mecanismos robustos de monitorização, transparência total nos processos de decisão e possibilidades de intervenção humana, especialmente em situações críticas.

Em última análise, a inteligência artificial oferece-nos uma oportunidade única para refletirmos sobre quem somos e aquilo que valorizamos. O futuro desta tecnologia não será definido apenas pelo seu poder computacional, mas pela ética, pela visão e pela responsabilidade com que decidirmos moldá-la e utilizá-la. A verdadeira questão não reside apenas naquilo que a inteligência artificial pode fazer, mas naquilo que escolhemos que faça, de acordo com os princípios e os fins que promovemos. Os benefícios ou prejuízos que dela advêm estarão diretamente ligados à intenção, à ética e à sabedoria de quem a desenvolve e aplica.

A história da humanidade é marcada por momentos de disrupção tecnológica que, embora desafiantes, impulsionaram o progresso e a adaptação. A inteligência artificial não é uma exceção a essa regra. Na verdade, é o próximo capítulo deste processo contínuo de evolução. Ao reconhecermos as transformações trazidas pela inteligência artificial como parte da nossa história, somos capazes de adotar uma perspetiva mais construtiva e otimista, focando-nos em maximizar o impacto positivo destas mudanças.

Embora enfrentar a inteligência artificial geral com ceticismo ou resistência possa ser compreensível diante do desconhecido, o passado revela que momentos semelhantes trouxeram avanços significativos. Em vez de temermos as mudanças, devemos acolhê-las como oportunidades para crescer e prosperar. Ao encararmos a inteligência artificial como uma extensão natural das nossas conquistas, podemos utilizá-la para melhorar a vida de todos e promover um progresso global mais inclusivo e sustentável.

Mais do que nunca, a capacidade humana de adaptação assume um papel central. A inteligência artificial redefine competências e funções. Aqueles que se recusarem a adaptar-se, insistindo em ignorar ou rejeitar esta transformação, arriscam-se a perder o seu lugar no mercado de trabalho. Por outro lado, aqueles que abraçarem a inteligência artificial e aprenderem a utilizá-la de forma estratégica estarão preparados para prosperar num ambiente onde a inovação dita a norma.

O futuro será sempre incerto. Portanto, os humanos devem investir na sua formação pessoal, académica e profissional, e encarar a inteligência artificial não como uma ameaça, mas como uma ferramenta para impulsionar o progresso humano e expandir os horizontes de forma responsável e colaborativa.

5. Conclusão

Ainda que os cérebros artificiais possam alcançar uma inteligência igual ou superior à humana, o futuro do trabalho humano dependerá da capacidade de adaptação do ser humano e do investimento na sua educação e formação pessoal e profissional. Ainda que a inteligência artificial alcance elevados níveis de conhecimento, os humanos poderão evoluir continuamente. Uma evolução não condiciona, nem anula a outra. Não faz sentido assumirmos o papel de vítimas das consequências de uma criação nossa.

Ao longo da história, as inovações tecnológicas sempre dividiram opiniões. A internet, por exemplo, foi recebida com receios e críticas intensas. Alguns temiam que eliminasse milhões de empregos, isolasse socialmente os indivíduos e comprometesse a ética nas relações humanas. De forma semelhante, a inteligência artificial enfrenta agora uma onda de críticas e preocupações. Há quem a acuse de destruir mais empregos do que criar e até de representar um risco para a humanidade.

É fundamental olhar para o passado e aprender com os exemplos. Tal como a internet trouxe benefícios e desafios, transformou a forma como trabalhamos, comunicamos e vivemos, e criou uma infinidade de novas oportunidades, empregos e indústrias, a inteligência artificial também tem o potencial de transformar profundamente as estruturas e as dinâmicas sociais e organizacionais. Ao aprender e redefinir a sua compreensão através da interação, da linguagem e das experiências humanas, a inteligência artificial geral poderá criar novos produtos e serviços, bem como novas tarefas e novas profissões. Para isso, os humanos terão de saber usá-la e desenvolver os seus conhecimentos para verificarem, validarem e controlarem as soluções propostas por esta tecnologia, cujos benefícios ou prejuízos dependerão da intenção, da ética e da sabedoria de quem a desenvolverá e a aplicará.

A inteligência artificial oferece-nos uma oportunidade para repensarmos conceitos como autonomia e responsabilidade, e refletirmos sobre como as nossas escolhas podem moldar o futuro.

Embora qualquer mudança tecnológica possa causar debate, desconforto e até ansiedade, é crucial que o ser humano interprete estas transformações como um processo natural e inerente à evolução humana, adaptando-se rápida e eficazmente às exigências do mercado de trabalho, sob pena de a sua participação tornar-se redundante, apresentar um retorno financeiro baixo e ser substituída.

6. Bibliografia

- PUGLIANO, John, *The Robots are Coming*, Estados Unidos da América, Ulysses Press, 2017, tradução portuguesa de Ana Mendes Lopes, *Os Robôs Querem o seu Emprego*, Porto Salvo, Portugal, Edições Desassossego, 2018.
- TEGMARK, Max, *Life 3.0 – Being Human in the Age of Artificial Intelligence*, 2017, tradução portuguesa de João Van Zeller, *Life 3.0 – Ser-se Humano na Era da Inteligência Artificial*, Alfragide, Publicações Dom Quixote, 2019.
- BOSTROM, Nick, *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*, Oxford University Press, 2014, tradução portuguesa de Carlos Leite, S*uperinteligência: Caminhos, Perigos, Estratégias*, Lisboa, Relógio D´Água Editores, 2019.
- SUSSKIND, Daniel, *A World Without Work*, tradução portuguesa de Dulce Aleixo, Miguel Marques da Silva, Pedro Serras Pereira e Pedro Morais, *Um Mundo Sem Trabalho, Ideias de Ler*, Divisão Editorial Literária, Porto, 2020.
- FORD, Martin, *Rule of the Robots*, Nova Iorque, Estados Unidos da América, Basic Books, 2021, tradução de Luís Santos, *O Futuro da Inteligência Artificial*, Lisboa, Bertrand Editora, 2022.
- AMADO, João Leal, "Inteligência artificial, plataformas digitais e robotização: que futuro para (o direito do) trabalho humano?", *in* João Leal Amado (coordenação), *Escritos Laborais*, Coimbra, Almedina, 2023, pp.95-120.
- DOMINGOS, Pedro, *The Master Algorithm*, 2017, tradução portuguesa de Francisco Silva Pereira, *A Revolução do Algoritmo Mestre*, Lisboa, Letras & Diálogos, 2024.
- SAUTOY, Marcus du, *The Creativity Code – How AI is Learning to Write, Print and Think*, 2019, tradução portuguesa de Marta Pinho (João Quina Edições, *O Código da Criatividade – Como a Inteligência Artificial Está a Aprender a Escrever, a Pintar e a Pensar*, Lisboa, Temas e Debates - Círculo de Leitores, 2020.

UN ENTORNO EMPRESARIAL ADVERSO A LO COLECTIVO: OBSTÁCULOS A LA LIBERTAD SINDICAL EN LA ERA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL[124]

Ana García García[125]

***Resumen**: La Cuarta Revolución Industrial no es solo un conjunto de nuevas tecnologías, es un nuevo paradigma tecnoeconómico, una nueva lógica imperante que está transformando todos los elementos que componen las relaciones laborales. Las consecuencias sociales de la aplicación de su tecnología protagonista – la inteligencia artificial – mediante algoritmos a la gestión laboral de las empresas se observan en forma de impactos en todos los derechos laborales colectivos. Por un lado, se producen grandes transformaciones del contexto material en el que se despliegan, que se resumen en la individualización de las relaciones laborales y en el aumento del poder empresarial. Por otro lado, tanto los derechos de libertad sindical como de participación en la empresa reciben alguna afectación en cualquiera de los niveles de análisis: en la penetración del sindicato en la empresa, en la actividad de autotutela colectiva y en las garantías que tienen reconocidas las personas trabajadoras en el ejercicio de sus derechos colectivos, cuyo grado de afectación varía dependiendo del nivel de automatización, la gravedad de los efectos y su antijuridicidad.*

***Sumario**: 1. Determinismo tecnológico y enfoque colectivo como claves interpretativas de la inteligencia artificial. 2. La cuarta revolución industrial y la nueva gestión de la empresa basada en sistemas algorítmicos de inteligencia artificial. 3. La esencia del problema: ¿el fin de lo colectivo? 4. Algunos impactos, de intensidad variable, en el ejercicio de la libertad sindical. 5. Una conclusión final. 6. Bibliografía.*

1. DETERMINISMO TECNOLÓGICO Y ENFOQUE COLECTIVO COMO CLAVES INTERPRETATIVAS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Es un lugar común referirse a la inteligencia artificial como una tecnología neutral porque conlleva oportunidades y riesgos, porque no es ni buena ni mala, sino que depende del uso que de ella hagan las personas. Se dice que «un cuchillo puede

[124] Este trabajo contiene algunos de los resultados hallados en la investigación conducente a la tesis doctoral "Inteligencia artificial y sindicalismo. El impacto de la gestión laboral algorítmica en la libertad sindical y los derechos colectivos", financiada con las ayudas de la Junta de Castilla y León destinadas a financiar la contratación predoctoral de personal investigador, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo (Orden de 21 de diciembre de 2020, de la Consejería de Educación).
[125] Personal investigador posdoctoral (Junta de Castilla y León) Universidad de Salamanca.

servir para cortar verduras o para asesinar a alguien, por eso no es bueno ni malo en sí, lo importante es lo que haga quien lo empuña» (ALMAZÁN, 2021, p.89). Sin embargo, en *Tecnopolio*, Neil Postman proponía que «el modo de utilizar cualquier tecnología viene en gran medida determinado por la propia tecnología» y que «integrado en cada herramienta tecnológica hay un sesgo ideológico, una predisposición de usos, unas posibilidades de construir unos futuros y no otros» (POSTMAN, 2018 (1992), p.26). Así, desde la corriente determinista de la tecnología, los efectos negativos de su uso en el ámbito laboral serían una consecuencia necesaria e inevitable. El determinismo tecnológico comprende como un todo el estudio de cada nuevo artilugio, de tal forma que «el modo de utilizar cualquier tecnología viene en gran medida determinado por la propia tecnología» (POSTMAN, 2018 (1992), p.26).

Este enfoque debe complementarse con una especial atención a la influencia que las fuerzas socioeconómicas ejercen sobre la tecnología (HEILBRONER, 1996), es decir, a los intereses que hoy en día subyacen en el desarrollo de la inteligencia artificial. Desde comienzos del siglo pasado, la idea de futuro proyectada por las élites se ha vinculado estrechamente con la tecnología como «instrumento para cambiar contextos históricos y dar forma a sociedades» (JAUME-PALASÍ, 2020, p.27), mientras que hoy en día su carácter comercial destaca por encima de lo demás y la dirige hacia la satisfacción de deseos e intereses de grupos privilegiados (AGUILAR GORDÓN, 2011). Por lo tanto, incluso tratando de acoger el enfoque de la neutralidad tecnológica, el resultado en el ámbito laboral sería el mismo, pues los algoritmos no son diseñados por las personas trabajadoras, sino las empresas al servicio de otras empresas y, lógicamente, en su propio beneficio (GOÑI SEIN, 2019), de modo que fácilmente se descubre una alineación de poderes entre quien controla el mercado tecnológico y la parte que goza de mayor poder en la relación laboral.

Por otro lado, mientras que son ya numerosos los estudios que se centran en la afectación del uso de la inteligencia artificial en los derechos individuales, se sigue un enfoque humano-organizativo por el interés en señalar los impactos en los derechos laborales colectivos, asumiendo que cuando se generaliza la gestión laboral algorítmica no solo hay consecuencias sobre los derechos individuales de cada persona, sino que se pone en riesgo a toda la clase trabajadora.

La libertad sindical es la base para la existencia de las organizaciones sindicales y de un sistema democrático, cuya protección pasa por observar aquellas prácticas, comportamientos, estrategias y tecnologías que puedan dificultar su misión en una

realidad digitalizada o, incluso, suponer una amenaza para las condiciones necesarias para su existencia. Asimismo, los sindicatos son fundamentales en cualquier sistema democrático que quiera cumplir con el trabajo decente, por lo que se debe reflexionar sobre qué elementos concretos pueden ser funcionales a su preservación (BAYLOS GRAU, 2019) y cuáles nocivos, con la finalidad de reforzar los derechos y facultades ahí donde sea necesario e impedir las prácticas empresariales – en este caso, basadas en la innovación tecnológica – que supongan un menoscabo del contrapoder colectivo.

En esencia, no se trata sino de garantizar la pervivencia del derecho humano y fundamental de libertad sindical. De un lado, derecho humano reconocido en todos los textos internacionales de referencia: Derecho reconocido a nivel internacional en el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); en el artículo 22 del Pacto Internacional por lo Derechos Civiles y Políticos (1966); en el artículo 8 del Pacto Internacional por los Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966); en el artículo 11 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950); en el artículo 5 de la Carta Social Europea (1996), así como en el artículo 12 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000).

De otro lado, derecho fundamental para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), pues figura entre las cuatro categorías de principios y derechos de la *Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo* (1998), toda vez que fue consagrado en la Constitución de la OIT desde 1919 y, de igual forma, en la *Declaración de Filadelfia* (1944). Al derecho en cuestión se dedica el Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948) y el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949), a los que acompaña el Convenio 135 y la Recomendación 143 sobre protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa (1971).

Y derecho fundamental también para la Constitución Española (CE), no solo por hallarse en el artículo 28.1 y dentro del Capítulo II del Título I, sino por estar adscrito universalmente a todos en cuanto personas y ser indisponible e inalienable (FERRAJOLI, 2006).

Además, cualquier afectación a la libertad sindical acarrea inevitablemente un impacto negativo sobre el sindicato, que es un sujeto colectivo de relevancia constitucional. El artículo 7 CE recoge la noción constitucional de sindicato como organización permanente de trabajadores asalariados para la «defensa y promoción de

los intereses sociales y económicos que les son propios» frente a los empleadores y los poderes públicos, por lo que les atribuye las funciones de ordenación, regulación y gestión de aquellos aspectos relacionados con el colectivo al que representan, cumpliendo así con los fines de la constitución social (MONEREO PÉREZ, 2011). Ahora bien, para cumplir con este encargo constitucional, su labor debe ir acompañada de la necesaria capacidad de obrar (OJEDA AVILÉS, 2003) y de «la dotación de los medios oportunos para poder ejercerlo con solvencia» (BARREIRO GONZÁLEZ, 2017, pp.69-85). Su presencia en el ámbito de la empresa supone un instrumento esencial para «la acción de un contrapoder organizado de los trabajadores en los lugares de trabajo» (LUJÁN ALCARAZ, 2003, p.56) lo que confiere a la libertad sindical el carácter de fin, además de medio.

2. LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y LA NUEVA GESTIÓN DE LA EMPRESA BASADA EN SISTEMAS ALGORÍTMICOS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La gestión laboral es el proceso de supervisar y gobernar a la plantilla con el propósito de lograr los objetivos de la organización, como aumentar la productividad y la eficacia, reducir la rotación de personal o garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores (RICHMAN, 2015). En términos sencillos, cuando se añade la inteligencia artificial a través de algoritmos que aprenden, entonces estamos ante la gestión laboral algorítmica. La Industria 4.0 ha introducido su tecnología más potente – la inteligencia artificial a través de algoritmos – en el núcleo de la gestión laboral, alumbrando así la gestión laboral mediante inteligencia artificial o gestión laboral algorítmica (*algorithmic management*) (GINÉS I FABRELLAS, 2021).

La Cuarta Revolución Industrial – que ha alumbrado la Industria 4.0 (SMIT, 2016) – no solo se trata de una sucesión de artilugios tecnológicos novedosos, sino también de un nuevo paradigma, nuevas formas de relacionar sistemas y de un nuevo sentido común (PÉREZ, 2004), cuyo elemento más básico de la misma es el dato. El *dataismo* (HARARI, 2015) asume que todo debe ser medido a través del dato y que esta es la mejor herramienta para analizar la realidad, alejándonos del hombre como centro de reflexión hacia una visión aritmocéntrica del mundo (SÁNCHEZ COTTA, 2021). Para llegar al dato debe desplegarse el *Internet of Things* y conseguir así la

digitalización de toda la realidad empresarial. La digitalización – como transformación digital – es un concepto que va más allá de convertir el formato de la información, ya que aprovecha la tecnología digital para transformar por completo los procesos de una empresa, evaluando, rediseñando y reimaginando la forma de hacer negocios. A este proceso le sucede la automatización, porque la información tiene que estar disponible y ser digerible en formato digital antes de poder programar las decisiones automatizadas o semi-automatizadas en caso de contemplar algún tipo de intervención humana (GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, 2017).

Datos y algoritmos confluyen a disposición de la dirección de la empresa, que persigue una gestión eficiente de la relación laboral (UGT, 2021) mediante decisiones automatizadas en una suerte de «neotaylorismo digital» (BAZ RODRÍGUEZ, 2022, p.2). Se trata de un sistema que recopila datos en tiempo real mediante dispositivos y *wereables* sobre cuestiones del entorno laboral, como el espacio de trabajo, plantilla, tareas y herramientas empleadas, (fase de recogida de datos), que se introducen en un sistema basado en inteligencia artificial, es decir, un *software* algorítmico, (fase de procesamiento de datos), que toma decisiones automatizadas o semiautomatizadas o proporciona información a las personas encargadas de tomar decisiones (fase de resultados: predicciones, recomendaciones o decisiones con destino máquinas o humanos) (CHRISTENKO, 2022). Por todo ello, bajo a la promesa de aumentar la eficiencia y la competitividad de las empresas, los algoritmos se están utilizando para la gestión laboral integrándose en nuevas estrategias para supervisar el comportamiento y el rendimiento de la plantilla y automatizar los procesos tradicionales de gestión de recursos humanos como la evaluación, la vigilancia, las decisiones de contratación y de extinción de la relación laboral (ALOISI; DE STEFANO, 2023).

En consecuencia, se observa que la gestión de las personas se va transformando en la gestión de los datos que generan (CUATRECASAS, 2019) pues prácticamente se integra a los individuos en la estructura de los sistemas algorítmicos. A su vez, el resultado inevitable de gestionar a las personas mediante algoritmos es tratarlas como instrumentos, objetos o mercancías (AGUILAR GORDÓN, 2015), susceptibles de ser medidas, cuantificadas y analizadas en exceso, con el riesgo de deshumanización y cosificación de la persona trabajadora que ello conlleva (BAZ TEJEDOR, 2021). Y, además, es inevitable observar el afán de vigilancia constante y extracción masiva de

datos sobre procesos, instituciones, sociedades y personas con el argumento de generar conocimiento y avanzar hacia el progreso de la humanidad desde la continua sospecha de quién accede a ese conocimiento y qué hace con él, en lo que se ha denominado «*el lado oscuro digital*» (GRANELLI, 2017).

3. LA ESENCIA DEL PROBLEMA: ¿EL FIN DE LO COLECTIVO?

La gestión laboral algorítmica no deja de ser una estrategia de organización de la empresa legítima en el marco del derecho a la libertad de empresa recogida en el artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 38 CE. Se trata de la garantía del inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial con la libertad para definir los objetivos y dirigir y planificar la actividad empresarial (Sentencia del Tribunal Constitucional 96/2013, de 23 de abril, con cita de las SSTC 225/1993, de 8 de julio y 96/2002, de 25 de abril) para alcanzar el fin último de toda empresa: la obtención de beneficios. De hecho, la innovación tecnológica en la producción y organización del trabajo es una realidad consustancial (TODOLÍ SIGNES, 2021) al devenir de las relaciones laborales ya que históricamente el capital se ha servido del desarrollo tecnológico para adaptar la empresa a las mejores circunstancias de inversión, organización y competitividad (LANZADERA ARENCIBIA, 2021).

Sin embargo, no se trata de un derecho absoluto e incondicionado, sino que debe conciliarse con otros bienes jurídicos en los que puede tener repercusión y que son también dignos de protección. El problema es que esta estrategia de gestión laboral está basada en una tecnología muy potente cuyo uso sin limitaciones puede provocar, y de hecho está provocando, graves perjuicios para las personas trabajadoras por afectar a sus derechos, individuales y colectivos. En efecto, como consecuencia de los impactos negativos de este modelo de gestión empresarial se ha propuesto la denominación de «precariado digital» (MOLINA NAVARRETE, 2021, pp.31-61) para referirse de manera conjunta a las situaciones de 'precariedad' y de 'proletariado', ahora agravadas por el impacto de la tecnología digital. Es decir, a la problemática tradicional que afecta a la clase trabajadora se suman nuevos fenómenos derivados de la digitalización que contribuyen a agravar su situación sistemática de vulnerabilidad.

Desde nuestro enfoque, ¿cómo sobrevive el Derecho colectivo del Trabajo en estos nuevos escenarios hipertecnologizados? ¿Qué va a ocurrir con la acción colectiva las personas trabajadoras en las empresas? ¿Cómo van a afectar a las relaciones

sociales en el centro de trabajo? ¿Y a la agregación de intereses colectivos? ¿Y a la defensa de los derechos laborales? ¿Y al contenido de los propios derechos? El supuesto humanismo de la tecnología en la Industria 5.0 ¿podría suponer una huida de lo colectivo? (BINI, 2021, p.132)

4. ALGUNOS IMPACTOS, DE INTENSIDAD VARIABLE, EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD SINDICAL

De una parte, para que la libertad sindical pueda ser disfrutada plenamente por todos los sujetos titulares de la misma y en todas sus manifestaciones en el plano jurídico, previamente necesita unas condiciones sociales adecuadas para ejercerse en el plano material. Sin embargo, es precisamente en esta dimensión donde la revisión de la literatura en la materia arroja múltiples «factores del cambio digital que dificultan las relaciones colectivas en el trabajo» (SORIANO CORTÉS, 2021, pp.553-570). Es decir, se observan nuevos fenómenos desfavorables a lo colectivo, un conjunto de dinámicas sociales convergentes que tienden a debilitar las formas tradicionales de articulación del contrapoder colectivo en el ámbito del trabajo y que hemos denominado: transformaciones de las relaciones laborales provocadas por la digitalización de las empresas y la introducción de la inteligencia artificial en la gestión de los recursos humanos.

En síntesis, en estas transformaciones encontramos la sustitución de las personas por la tecnología digital y los sistemas de inteligencia artificial. En consecuencia, cambian los elementos que conforman las relaciones laborales porque se altera el tamaño de las plantillas, cambian las condiciones laborales (las cuales tienen muy altos niveles de precariedad e inestabilidad y se caracterizan por la virtualización en la prestación del trabajo y el aislamiento de sus plantillas) y cambian los empleos y los actores en las relaciones laborales, ya que surgen nuevos empleos y perfiles laborales caracterizados por la individualización y diversificación de intereses. Además, se difumina la figura del empresario por la interposición de un elemento digital en la dirección empresarial (ALOISI; DE STEFANO, 2021), mediante la cual se intenta, incluso, deshacer los elementos esenciales de la laboralidad (fenómeno especialmente intenso en el ámbito del trabajo en plataformas digitales). Y todo ello se enmarca en un desequilibrio estructural de poderes entre las partes de la relación laboral, ahora acentuado por el uso de sistemas de inteligencia artificial. Estos sistemas permiten a

la parte empresarial ejercer sus poderes y facultades de forma más rápida y eficaz desde una lógica de eficiencia económica, al facilitar la extracción y el procesamiento de datos de la plantilla para evaluar el desempeño, la capacidad profesional y reforzar el control disciplinario.

De otra parte – y como consecuencia de lo anterior –, surgen los obstáculos para el ejercicio de la libertad sindical en tanto que impactos en el contenido mismo del derecho en cuestión. Habida cuenta de la complejidad de la libertad sindical, cada manifestación o expresión de la misma recibe algún impacto negativo, directo o indirecto, cuyo su grado de afectación varía dependiendo del nivel de automatización, de la gravedad de los efectos y de su antijuridicidad. Es decir, no todo impacto negativo será antijurídico, sino que, en su mayoría, estas estrategias de gestión laboral impiden al sindicato desarrollar normalmente su función, pero no dejan de ser comportamientos hostiles y antagonistas de la empresa hacia los sindicatos que entran dentro de la conflictividad intrínseca de las relaciones laborales. En cambio, los actos que sí revisten una especial gravedad por reducir el contenido esencial de la libertad sindical sin una norma legal que lo permita, sí serán constitutivos de conducta antijuridica y, por lo tanto, considerados como antisindicales.

En primer lugar, respecto a la penetración y presencia de las organizaciones sindicales y de los órganos de representación en las empresas, las alteraciones en la morfología de las mismas en relación al tamaño de sus plantillas o a la materialidad del lugar de prestación del trabajo, condicionan la composición y el proceso de constitución de los órganos representativos, así como el reconocimiento de derechos, facultades y recursos a su disposición, y «pone en crisis a todo un sistema de representación de intereses colectivos en la empresa» articulados tradicionalmente en torno a un lugar de trabajo compartido (BAYLOS GRAU, 2019).

En segundo lugar, todos los medios de acción colectiva reciben algún impacto. Por un lado, en relación al genérico derecho de información de la representación de las personas trabajadoras, entendemos que, sin compartir toda la información, y en un formato adecuado, no hay verdadera transparencia. Es decir, se observa cómo las empresas tienen un gran interés en acaparar para sí la información y el conocimiento extraído, mientras que, otras veces, intentan cumplir trasladando exclusivamente los datos extraídos. Sin embargo, los datos en bruto no son suficiente. De hecho, en el supuesto de la STS 670/2018, de 26 de junio de 2018, FJ 3º, la empresa no facilitó información apropiada durante el periodo de consultas: si bien «proporcionó a los

representantes de los trabajadores una información ingente, dicha información no era suficiente para que el período de consultas alcanzase sus fines, puesto que se trata de informaciones, cuya autenticidad no se intentó justificar, pese a las reclamaciones de la RT, tratándose, además, de informaciones acumulativas y cuantitativas, no elaboradas con la claridad y precisión necesaria, ..., y que tan solo reflejaban una multitud de datos de compleja interpretación que no aportaban información efectiva, útil y de calidad adecuada para cumplimentar de buena fe el periodo de consultas. No es solo el número y cantidad de documentos aportados, sino también de la calidad de la información contenida en los mismos».

En concreto, respecto al nuevo derecho colectivo de transparencia algorítmica (MOLINA NAVARRETE, 2021), de nada servirá su reconocimiento formal si no se diseñan procedimientos y se destinan recursos para garantizar la comprensión de la información. En consecuencia, si la información no es suficiente, la consulta se hace muy difícil: primero, porque para realizar un intercambio de opiniones con vistas a tomar una decisión consensuada ambas partes deben tener la información sobre la que se está discutiendo y, segundo, porque en la medida en que la toma de decisiones se automatiza, potencialmente hay menos espacio para la participación de la representación de las personas trabajadoras.

Por otro lado, debido a la instrumentalidad del derecho de información, estas carencias repercuten en la negociación colectiva, la consulta o la emisión de informes que, además, se quedan sin espacio en la medida en que la toma de decisiones empresariales se automatiza, las variaciones en la forma y en el contenido negocial, junto a la precariedad digital, dificultan la labor y debilitan la posición negociadora de las personas trabajadoras, e, incluso, la autonomía colectiva es atacada frontalmente por el potencial de la gestión laboral algorítmica para celebrar pactos individuales en masa (MELIÁN CHINEA, 2021). Se observa, entonces, una significativa reducción del poder de negociación o poder estructural (GONZÁLEZ BEGEGA; RODRÍGUEZ, 2018) fruto de la convergencia de las diversas transformaciones e impactos ya señalados, especialmente de la alta reemplazabilidad del trabajo.

En tercer lugar, ¿cómo ejercer la labor de control en empresas sin sede física, ante sistemas de trabajo virtuales o a través de programas inteligentes? Las funciones de vigilancia y control de los órganos de representación se encuentran también con dificultades probatorias derivadas tanto de la falta de información como de la limitada accesibilidad y conocimiento de las herramientas tecnológicas.

En cuarto lugar, los derechos de huelga y de conflicto colectivo reciben un doble impacto: el que deriva de los cambios estructurales que afectan a las condiciones ideales para ejercer tales derechos – y que ya han sido señalados como sustitución, individualización, aislamiento, deslaboralización – y el de las estrategias empresariales – agrupadas en torno al «esquirolaje tecnológico» (TALENS VISCONTI, 2013; GRAU PINEDA, 2021; TASCÓN LÓPEZ, 2020) – apoyadas en la gestión laboral algorítmica para contrarrestar o neutralizar los efectos de las medidas de conflicto, que terminan por vaciarlas de contenido al reducir su efectividad.

Por último, respecto a las garantías y medios para el ejercicio de la libertad sindical y los derechos colectivos: la estabilidad en el puesto reconocida a la representación de las personas trabajadoras encuentra los principales impactos derivados de la automatización de las decisiones sancionadoras o extintivas sin atender a tal condición representativa y a la especial protección de estas personas y de sus funciones (LECHER, 2019), mientras que las facultades destinadas a garantizar la transmisión de información entre sindicatos, personas trabajadoras y sus representantes sufren las consecuencias de la desconexión entre una regulación pensada para una empresa física y tradicional y una realidad virtual. ¿Dónde colgar el tablón de anuncios en una empresa sin sede física? ¿Dónde facilitar un local para las reuniones de las personas que trabajan en remoto desde cualquier lugar? ¿Cómo distribuir información sindical por canales digitales en la empresa omnisciente? ¿Son los canales propiedad de la empresa medios seguros para la organización de la autotutela colectiva?

Sobre esta última cuestión, no es tan simple como utilizar canales digitales, pues la transformación de la comunicación analógica a digital facilita la injerencia del empresario, quien puede acceder a datos y metadatos que le revelen la actividad sindical en la plantilla y le sitúen en una mejor posición para anticiparse a un conflicto colectivo antes de que este se produzca o incluso neutralizarlo. Además, los metadatos de estos canales están exclusivamente a disposición de la empresa y revelan una valiosísima información, ya que una alta actividad de intercambio de información sindical, aun sin conocer su contenido, puede ser indicativo de que algo ocurre entre la plantilla.

5. UNA REFLEXIÓN FINAL

Aunque muy sucintamente, todo lo expuesto – tanto las trasformaciones sociales que alteran el sustrato material del ejercicio de cualquier facultad sindical, como los impactos jurídicos en el propio contenido de la libertad sindical – evidencia cómo la inteligencia artificial aplicada a la gestión laboral dificulta el ejercicio de la autotutela colectiva y de los derechos de libertad sindical.

Si bien contamos con un incipiente marco regulatorio compuesto principalmente por el reglamento General de Protección de Datos, el Reglamento Europeo de Inteligencia artificial y la Directiva de Trabajo en Plataformas Digitales, regular la inteligencia artificial no parece suficiente para hacer frente a los retos de la gestión laboral algorítmica, sino que debe adaptarse también el espacio donde se va a implementar. Es decir, si la Cuarta Revolución Industrial y sus inventos alteran las reglas, los jugadores y el tablero de juego, entonces redefinir las normas laborales será darle forma a la inteligencia artificial. En cualquier caso, la máxima debería ser *no permitir la implementación de sistemas algorítmicos cuyo funcionamiento no se pueda explicar*.

6. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GORDÓN, Foralba, «Reflexiones filosóficas sobre la tecnología y sus nuevos escenarios», *Sophia. Colección de filosofía de la educación*, núm.11, 2011, pp.123-172.

ALMAZÁN, *Antonio, Técnica y tecnología. Cómo conversar con un tecnófilo*, Taugenit, 2021.

ALOISI, Aloisi; DE STEFANO, Valerio, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Editori Laterza, 2020.

BARREIRO GONZÁLEZ, Germán; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, «El sindicato y su función constitucional», en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo; CABERO MORÁN, Enrique (coords), *Sindicalismo y democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*, Comares, Granada, 2017, pp.69-85.

BAYLOS GRAU, Antonio, «Crisis y reconfiguración de la autonomía colectiva en el futuro del trabajo», *XXIX Congreso Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Salamanca, 30 y 31 de mayo de 2019, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019, pp.309-338.

BAYLOS GRAU, Antonio, «Las relaciones colectivas de trabajo en el cambio de época», *Revista de Derecho Social*, núm. 88, 2019, pp.17-38.

BAZ RODRÍGUEZ, Jesús, «Responsabilidad algorítmica y gobernanza de la inteligencia artificial en el ámbito sociolaboral. Entre la perspectiva y la prospectiva», *Trabajo y Derecho*, núm.89, 2022.

BAZ TEJEDOR, José Antonio, «Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predictible», en BAZ RODRÍGUEZ, Jesús, *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España. Vigilancia tecnificada, teletrabajo, Inteligencia artificial, Big Data*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp.315-349.

BINI, Stefano, *La dimensión colectiva de la digitalización del trabajo*, Bomarzo, 2021.

CHRISTENKO, Aleksander et al, *Artificial intelligence for worker management: mapping definitions, uses and implications. Policy brief*, EU-OSHA, 2022.

CUATRECASAS, *Proyecto Technos. Informe General. El impacto de las tecnologías disruptivas en la gestión de los Recursos Humanos y en el marco regulatorio de las relaciones laborales*, Wolters Kluwer, 2019.

FERRAJOLI, Luigi, «Sobre los derechos fundamentales», *Cuestiones constitucionales*, núm.15, 2006, pp.116-117.

GINÉS I FABRELLAS, A., «La gestión algorítmica del trabajo: nuevos retos jurídicos, tecnológicos y éticos», *XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 26 y 27 de mayo de 2022, Alicante, pp. 295-320.

GONZÁLEZ BEGEGA, Sergio; RODRÍGUEZ, Vanesa, «Valoración pública y legitimidad social de los sindicatos en la crisis económica», *Anuario IET. Presente y futuro del trabajo*, vol.5, 2018, pp.195-211.

GOÑI SEIN, José Luis, «Innovaciones tecnológicas, inteligencia artificial y derechos humanos en el trabajo», *Documentación Laboral*, núm.117, vol.2, 2019, pp.57-72.

GRANELLI, Andrea, *Il lato (ancora più oscuro) del digitale. Nuovo breviario per (soprav) vivere nell'era delle rete*, Franco Angeli, Milano, 2017.

GRAU PINEDA, Carmen, *Los difusos contornos de la prohibición del esquirolaje*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

HARARI, Yuval Noah, *Homo Deus. Breve historia del mañana*, Debolsillo, 2022 (2015).

HEILBRONER, R., «Do Machines Make History?», en M. ROE SMITH Y L. MARX (eds.), *Does Technology Drive History? The Dilemma of Technological Determinism*, The MIT Press, Cambridge MA-London, 1996.

JAUME-PALASÍ, Lorena, «Cómo la inteligencia artificial está impactando en las sociedades», en CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustín; PEGUERA POCH, Miguel (coords), *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*, Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

LANZADERA ARENCIBIA, Eugenio; DE LAS HERAS GARCÍA, Aranzazú, «El "Smart working" como fórmula innovadora en la gestión empresarial: entre la libertad de empresa digital y los derechos laborales», en MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y VALLECICLLO GÁMEZ, María Rosa (dirs), *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp.145-171.

LECHER, Colin, «How Amazon automatically tracks and fires warehouse workers for "productivity"», *The Verge*, 2019.

LUJÁN ALCARAZ, José, *La acción sindical en la empresa. Marco legal y desarrollo convencional*, CES, Madrid, 2003.

MELIÁN CHINEA, Laura María, «Algoritmos laborales y negociación colectiva», *Revista de Derecho Social*, núm. 99, 2022, pp.39-61.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La Ley de personas repartidoras en plataformas online ("riders"): ¿pequeño paso legal, gran paso para humanizar el precariado digital?», *Transformaework*, 2021.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «Personas y rendimientos en la Cuarta Revolución Industrial y en la sociedad Inteligente 5.0. ¿Hacia una sociedad del e-trabajo con dos almas?», en MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; VALLECILLO GÁMEZ, MARÍA ROSA (dirs), *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp.31-61.

MONEREO PÉREZ, José Luis, «Modelos sindicales: Función del sindicato y mayor representatividad sindical» en MONEREO PÉREZ, José Luis (dir), *Los derechos de libertad sindical y negociación colectiva en una perspectiva comparada*, Comares, Granada, 2011.

OJEDA AVILÉS, Antonio, «La libertad sindical», en MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; MONEREO PÉREZ, José Luis; MORENO VIDA, María Nieves (coords), *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, pp.1035-1056.

PÉREZ, Carlota, *Revoluciones tecnológicas y capital financiero: la dinámica de las grandes burbujas financieras y las épocas de bonanza*, 2004.

POSTMAN, N., *Tecnópolis. La rendición de la cultura a la tecnología*, Ediciones El Salmón, 2018 (1992).

RICHMAN, N. M., «Human resource management and human resource development: Evolution and contributions», *Creighton Journal of Interdisciplinary Leadership*, vol.1, No.2, 2015, pp. 20-129.

SÁNCHEZ COTTA, Agustín, «Dataísmo y transhumanismo. La pugna por la supremacía ideológica de la nueva normalidad», en BERMÚDEZ VÁQUEZ, Miguel (coord.), *Luces en el camino: Filosofía y Ciencias Sociales para tiempos de desconcierto*, Dykinson, 2021, pp.842-857.

SMIT, J. et al., *Industry 4.0.* Directorate General for Internal Policies, European Parliament, 2016.

SORIANO CORTÉS, Dulce, «La necesaria gobernanza de los efectos laborales de la digitalización: mecanismos negociales de reacción para una transición justa», en MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa (Dirs), *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp.553-570.

TALENS VISCONTI, Eduardo, «Esquirolaje tecnológico: Interrogantes abiertos», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol.6, núm.5, 2013, pp.173-192.

TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, «Propuesta de regulación para el esquirolaje tecnológico en el contexto de una hipotética ley orgánica de huelga», *Documentación Laboral*, núm.121, vol.3, 2020, pp.91-103.

TODOLÍ SIGNES, Adrián, *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.

A seleção dos trabalhadores a despedir no âmbito do despedimento coletivo: a discriminação algorítmica

Catarina Gomes Santos[126]

Resumo: *A discriminação algorítmica constitui um dos desafios mais prementes relacionados com o uso da Inteligência Artificial (IA) no contexto das relações laborais. Embora, em abstrato, a utilização de algoritmos no processo decisório permita, a par de uma maior agilidade e rapidez, a tomada de decisões imparciais, objetivas e isentas, certo é que, na prática, pode conduzir a resultados discriminatórios. Um dos processos de decisão em que o recurso a sistemas computacionais assume particular potencial discriminatório consiste na seleção dos trabalhadores a despedir no âmbito do despedimento coletivo. O presente estudo pretende analisar os eventuais efeitos discriminatórios resultantes da utilização de algoritmos neste concreto processo decisório, assim como as consequências jurídicas associadas no plano da (in)validade dos despedimentos afetados.*

Sumário: *1. A sindicabilidade judicial dos critérios de seleção dos trabalhadores a despedir; 2. Limites à discricionariedade patronal na escolha dos critérios de seleção: a proibição de discriminação; 2.1. Em especial, a discriminação algorítmica; 3. Consequências de vícios na escolha e aplicação dos critérios de seleção. Conclusão. Bibliografia.*

1. A sindicabilidade judicial dos critérios de seleção dos trabalhadores a despedir

Diferentemente do previsto no âmbito do regime do despedimento por extinção do posto de trabalho, em que se prevê uma ordem de critérios vinculativa para o empregador (art. 368º, nº 2 do CT)[127], desde a LCCT[128] que no despedimento coletivo o empregador tem liberdade para definir os critérios de seleção que servirão de base à

[126] Professora assistente convidada da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa; doutoranda em ciências jurídico-empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

[127] Sublinhe-se, porém, a tentativa frustrada de aproximação do regime do despedimento por extinção do posto de trabalho ao despedimento coletivo, intentada pela Lei nº 23/2012, de 25.06, que, no despedimento por extinção do posto de trabalho atribuía ao empregador a prerrogativa de fixação dos critérios de seleção dos trabalhadores a despedir. Tal aproximação seria declarada inconstitucional pelo TC no Ac. nº 602/2013, e, em consequência, prevista uma nova ordem de critérios de seleção, imperativa e de funcionamento sucessivo, pela Lei nº 27/2014, de 08.05.

[128] Com efeito, nem sempre foi esta a solução legal. O DL nº 783/74, de 31.12, dispunha que deviam ter preferência na manutenção de emprego, ouvidos os sindicatos, e dentro de cada categoria profissional, os trabalhadores mais antigos, os trabalhadores mais idosos, os trabalhadores com mais encargos familiares, e os trabalhadores mais capazes, experientes ou qualificados, por esta ordem. Dois anos volvidos, o DL nº 84/76, de 28.01, previu que os trabalhadores portadores de deficiência beneficiariam de preferência sobre todos os demais (art. 18º). A indicação legal de critérios para o despedimento coletivo viria a ser abandonada pela legislação subsequente – a LCCT (DL n.º 64-A/89, de 27.02).

individualização dos trabalhadores a despedir, não se impondo, sequer, preferências na manutenção do emprego a favor de certas categorias de trabalhadores, como já aconteceu outrora[129].

Trata-se de uma diferenciação regimental porventura ancorada na presunção de que no despedimento coletivo, pelo caráter unitário da motivação justificativa, não se verifica o risco de uma seleção *ad personam*, de caráter persecutório, asserção que, em todo o caso, nos parece, no mínimo, discutível. Na feliz síntese de FURTADO MARTINS, casos há em que o despedimento por extinção do posto de trabalho é mais "coletivo" do que o próprio despedimento coletivo[130] –nas empresas com 50 ou mais trabalhadores, o despedimento por extinção do posto de trabalho pode abranger até 4 trabalhadores, ao passo que, nas empresas com menos de 50 trabalhadores, o despedimento coletivo bastar-se-á com 2 trabalhadores (art. 359º, nº 1 e art. 368º, nº 1, al. d) do CT) –, razão pela qual as diferenças regimentais entre estas duas modalidades de despedimento por eliminação de emprego se revestem, a nosso ver, de alguma artificialidade[131].

Note-se, contudo, que nem sempre será necessário fazer uso de critérios de seleção para identificar os trabalhadores a despedir no âmbito do despedimento coletivo (ou por extinção do posto de trabalho). Na verdade, o problema da seleção não chega sequer a colocar-se quando o despedimento se fundamenta no encerramento de uma unidade organizacional, caso em que abrangerá todos os trabalhadores a ela

---

[129] Assim, na LCCT (DL nº 64-A/89, de 27.02) previa-se o direito de preferência na manutenção do emprego a favor dos representantes sindicais e membros das comissões de trabalhadores em efetividade funções à data do despedimento, cuja violação não contenderia com a validade do despedimento, originando tão-só consequências indemnizatórias (art. 23º, nº 4). – Cfr. BERNARDO XAVIER, *O despedimento colectivo no dimensionamento da empresa,* Verbo, 2000, pp. 548-552. A solução seria abandonada na legislação codicística, porventura por se entender que no despedimento coletivo não há que temer a prática de atos discriminatórios sobre estes trabalhadores. – Assim, FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 4 ª edição revista e atualizada, Principia, Cascais, 2017, p. 313, nota 123.

Em Espanha, o art. 51º, nº 5 do ET reconhece prioridade de permanência aos representantes dos trabalhadores, assim como a outros grupos que poderão prever-se em convenções coletivas, como trabalhadores com responsabilidades familiares, portadores de deficiência, ou de idade avançada. – Sobre o ponto, cfr. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 41ª edição revista e atualizada, 2020, Editorial Tecnos, Madrid., p. 530, nota 32.

[130] FURTADO MARTINS, *Cessação…*, *cit.*, p. 258.

[131] Com efeito, assentando a distinção entre as duas modalidades num critério puramente quantitativo, partilhando da mesma motivação, julgamos que, *de iure condendo,* seria razoável prever-se uma aproximação regimental, que passasse, designadamente, no ponto que ora nos ocupa, pela necessidade de observância da mesma ordem legal de critérios de seleção dos trabalhadores a despedir, eventualmente aplicando os critérios agora previstos em sede de despedimento por extinção do posto de trabalho (art. 368º, nº 2 do CT).

afetos, ou, no despedimento por extinção do posto de trabalho, se se tratar de extinguir um posto de trabalho único.[132]

Em face do direito vigente, assiste, pois, ao empregador que decida promover um despedimento coletivo uma ampla margem de manobra na definição dos critérios de seleção dos trabalhadores a despedir, fazendo prevalecer o interesse empresarial sobre eventuais preocupações de ordem social.[133] Deste modo, no despedimento coletivo, o empregador poderá eleger critérios tão diversos quanto a avaliação de desempenho[134], as habilitações literárias, a experiência profissional, a antiguidade na empresa ou a onerosidade do vínculo, a ordenar segundo a valoração que fizer do que será melhor para a empresa – manter os trabalhadores mais produtivos, mais qualificados, os mais experientes, os menos onerosos –, considerando também critérios de pendor social, como a situação pessoal ou familiar do trabalhador, podendo, inclusivamente, adotar um modelo multicritério[135], atribuindo uma ponderação a cada um dos fatores[136].

Não se trata, porém, de uma liberdade ilimitada: o empregador terá de indicar os critérios que usou para selecionar os trabalhadores a despedir, tornando transparente e judicialmente controlável a decisão de cada despedimento, cabendo aos Tribunais aferir da validade de tais critérios. De facto, mostra-se definitivamente superado o

---

[132] FURTADO MARTINS, *Cessação…*, *cit.*, p. 308; FRAÚSTO DA SILVA, "Observações acerca da seleção social no procedimento de despedimento coletivo", in *Direito e Justiça, I, Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 548-552.

[133] BERNARDO XAVIER, *O Despedimento Colectivo…*, *cit.*, p. 108; FRAÚSTO DA SILVA, "Observações…", *cit.*, p. 544. Note-se, porém, que, dada a imperatividade do regime da cessação do contrato de trabalho, a fixação de critérios de seleção não pode ser regulada em sede de contratação coletiva, possibilidade que, sendo acolhida na vigência da LCCT (art. 59º, nº 1) e posteriormente abandonada no CT de 2003, sempre se afiguraria discutível em face da eficácia relativa das convenções coletivas de trabalho, que, por força do princípio da filiação, ditaria a aplicação dos critérios apenas a parte dos trabalhadores abrangidos pelo despedimento coletivo. – Cfr. FURTADO MARTINS, *Cessação…*, *cit.*, p. 26 e p. 313.

[134] Em concreto quanto ao critério da avaliação de desempenho e a possibilidade de ser dada a conhecer ao trabalhador despedido o resultado da avaliação dos outros trabalhadores, veja-se, com muito interesse, o Ac. do STJ de 13.09.2023 (Domingos José de Morais).

[135] Apreciando a aplicação de um modelo multicritério, cfr. o Ac. do TRL de 26.01.2022 (Albertina Pereira).

[136] Salvo o devido respeito, merece-nos, porém, algumas reservas o entendimento sufragado por ROSÁRIO RAMALHO (*Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2023, p. 1080): "assim por exemplo, se o empregador tiver estabelecido um conjunto de critérios de seleção, que incluem o custo de cada trabalhador, a antiguidade e a produtividade, pode a decisão final de despedimento recair sobre determinado trabalhador por ser ele o menos produtivo, ao passo que recai sobre outro trabalhador porque ele tem menor antiguidade ou porque é mais caro". Embora a Autora (*ibid.*) ressalve que a diferente valorização dos critérios terá de mostrar-se objetiva e não discriminatória, parece-nos que a hipótese sugerida permite despedir os trabalhadores que o empregador *queira* despedir, adotando em relação a cada um deles um critério que formalmente o legitime, qual "fato à medida".

entendimento, outrora dominante na doutrina e na jurisprudência, que afirmava a insindicabilidade judicial dos critérios de seleção fixados pelo empregador, estribado quer na ausência de previsão legal de uma ordem de critérios, quer no facto de o desrespeito dos critérios designados não integrar expressamente o elenco legal de causas de ilicitude do despedimento coletivo (atualmente vertido no art. 383º do CT), assumindo como incontestável a decisão gestionária subjacente à definição daqueles critérios[137].

Neste pressuposto, deve entender-se que, na comunicação da decisão final de despedimento (art. 363º, nº 1), a indicação do "motivo da cessação do contrato" implica que sejam referidos os critérios de seleção usados pelo empregador e demonstrada a respetiva aplicação em relação a cada trabalhador abrangido pelo despedimento coletivo: só assim se permitirá ao trabalhador o conhecimento da razão concreta do seu despedimento (e o porquê de ter sido ele o "eleito" e não outro) e, do mesmo passo, se viabilizará o posterior escrutínio judicial, que detete abusos, práticas discriminatórias ou eventuais erros de avaliação, como exigido pelo princípio da segurança no emprego (art. 53º da CRP)[138].

2. Limites à discricionariedade patronal na escolha dos critérios de seleção: a proibição de discriminação

Embora se reconheça flexibilidade na fixação dos critérios de seleção a empregar no despedimento coletivo, afirmam-se, outrossim, limites intransponíveis nessa escolha: tais critérios deverão, desde logo, mostrar-se congruentes com a motivação que subjaz ao despedimento coletivo[139] e razoáveis segundo padrões de

[137] FRAÚSTO DA SILVA, "Observações…", *cit.*, p. 545. O Autor cita (*ibid.*, pp. 545-546), como paradigmáticos de tal entendimento, o Ac. do TRP de 05.05.1997 (Sousa Peixoto), o Ac. do TRL de 21.08.2003 (Seara Paixão) e o Ac. do TRL de 02.11.2005 (Guilherme Pires). Afirmando o mesmo pressuposto de sindicabilidade judicial dos critérios de seleção, veja-se, ainda, o Ac. do STJ de 16.12.2020 (José Feteira), o Ac. do STJ de 24.03.2021 (JÚLIO GOMES), o Ac. do TRL de 26.01.2022 (Albertina Pereira) e o Ac. do STJ 13.09.2023 (Domingos José de Morais).

[138] Assim, FRAÚSTO DA SILVA, "Observações…", *cit.*, p. 551. Na jurisprudência, neste sentido, por todos, cfr. o Ac. do TRL de 26.01.2022 (Albertina Pereira), que, a propósito da utilização de um modelo de avaliação multicritério entendeu o seguinte: "No presente caso, a Requerida com base num modelo Multicritério, explicitou os objetivos que presidiram à fixação dos parâmetros que elegeu para selecionar os trabalhadores a despedir, bem como as variáveis em que cada um deles se baseou. Sucede, porém, que o modo como se mostram concebidos tais objetivos e/ou o tipo de variáveis (desconhecidas) em que assentam, não permitem ao Requerente saber porque lhe foi atribuída a classificação atribuída pela Requerida e que implicou a sua inclusão no despedimento coletivo."

[139] FURTADO MARTINS, *Cessação…*, *cit.*, p. 313-314.

gestão empresarial[140], e, do mesmo modo, não poderão revestir carácter (direta ou indiretamente) discriminatório (art. 24º, n.ºs 1 e 2, al. c), *in fine*, do CT e art. 13º da CRP). Este último ponto merece desenvolvimento adicional.

Ora, tratando-se de "transformar números em nomes", deve procurar-se garantir a objetividade na escolha dos trabalhadores a despedir, evitando que da aplicação dos critérios de seleção resulte um tratamento discriminatório. Assim, a seleção não poderá assentar em fatores relacionados com circunstâncias pessoais dos trabalhadores, designadamente as elencadas no nº 1 do art. 24º do CT: "ascendência, idade, sexo, orientação sexual, identidade de género, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical". Na segunda parte da al. c) do nº 2 da mesma norma refere-se, expressamente, que a proibição de tratamento discriminatório se impõe, também, em relação aos "critérios para seleção dos trabalhadores a despedir". Deste modo, sempre que a seleção dos trabalhadores a despedir tenha por base um critério identificado com um dos fatores de discriminação elencados, de forma exemplificativa, no nº 1 do art. 24º do CT, estar-se-á perante um despedimento ilícito, porquanto discriminatório (art. 25º, nº 1).

Igualmente ilícito será o despedimento que se baseie num critério de seleção que contenda com direitos fundamentais do trabalhador, tais como a "expressão e divulgação do pensamento dos trabalhadores, ou com dimensões relevantes da sua vida privada, como o resultado de testes ou exames médicos a que se tenha submetido, com o desempenho profissional aferido por meios de vigilância à distância ou com quaisquer informações obtidas com violação da reserva e confidencialidade de mensagens pessoais ou informação de caráter não profissional."[141]

Ora, sempre que o critério de seleção se identifique expressamente com um fator considerado discriminatório (v.g. a idade, o sexo, a origem étnica…, só para referir alguns dos exemplos mais comuns), toparemos com uma hipótese de discriminação direta, tal como definida na al. a) do nº 1 do art. 23º do CT: "em razão

[140] FRAÚSTO DA SILVA, "Observações…", *cit.*, p. 551-552; FURTADO MARTINS, *Cessação…*, *cit.*, p. 313-314. Apreciando um caso em que se discutia a congruência dos critérios de seleção com os motivos invocados para o despedimento, cfr. o Ac. do STJ de 16.12.2020 (José Feteira).

[141] FRAÚSTO DA SILVA, "Observações…", *cit.*, p. 553. Aplicando esta doutrina, cfr. o Ac. do TRC de 26.06.2020 (Jorge Manuel Loureiro).

de um fator de discriminação, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado, a outra pessoa em situação comparável"[142].

Menos evidentes são as hipóteses de discriminação indireta, definidas na al. b) do nº 1 do art. 23º do CT como aquelas em que "uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja suscetível de colocar uma pessoa, por motivo de um fator de discriminação, numa posição de desvantagem comparativamente com outras, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objetivamente justificado por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários." Nos casos de discriminação indireta, o critério de seleção aparenta ser anódino e objetivo, "não diferenciando os destinatários em razão da sua integração em grupos distintos", porém, quando aplicado, revela um efeito discriminatório, já que "o seu impacto sobre elementos de um desses grupos é *muito mais* severo do que o efeito sentido por quem não pertence ao mesmo, sem que importe se o autor do ato discriminatório pretendeu, ou sequer representou, tal diferença de tratamento[143]. Será, designadamente, o caso do critério de seleção baseado na menor antiguidade, já que, concedendo preferência aos trabalhadores mais antigos, poderá envolver discriminação em razão da idade, preterindo os trabalhadores mais jovens[144]. Do mesmo modo, o critério de seleção que coloque na linha da frente dos despedimentos os trabalhadores em regime de tempo

---

[142] Na discriminação direta, "a pertença do sujeito discriminando a dada categoria subjetiva é a razão imediata do ato discriminatório", implicando a contraposição com o tratamento conferido, nas mesmas circunstâncias, a um "comparador real ou hipotético", não sendo, porém, forçoso que quem discrimina seja "movido por um intuito lesivo", i.e., que represente e queira o resultado discriminatório. – Cfr. MILENA ROUXINOL, *Direito Antidiscriminação nas Relações Laborais*, Almedina, Coimbra, 2024, pp. 27-29.

[143] MILENA ROUXINOL, *Direito Antidiscriminação*…, *cit.*, p. 35. Como ensina a autora (*ibid.*, pp. 35-37), a discriminação indireta caracteriza-se pelo facto de o juízo comparativo ser feito entre grupo, implicando que se demonstre que a medida em causa produz um efeito *significativamente mais lesivo* num dos grupos (v.g. mulheres, jovens…), já que "a discrepância de efeitos deve ser minimamente relevante". Na jurisprudência, com muito interesse, veja-se o Ac. do STJ de 24.03.2021 (Júlio Gomes) que considerou ilícito e (indiretamente) discriminatório "um critério de seleção dos trabalhadores a abranger por um despedimento coletivo segundo o qual não serão em princípio abrangidos os trabalhadores que aceitem um acordo modificativo das funções e suscetível de violar direitos e garantias dos referidos trabalhadores", já que, "sendo o acordo proposto suscetível de prejudicar os trabalhadores, mormente em matéria de retribuição, de segurança social e de acréscimo de responsabilidade, como resulta dos factos 3.73, 3.74, 3.75, 3.76, 3.131, 3.139 e 3.141 (e atendendo, igualmente, às condições em que foi proposto – facto 3.19), é natural que os trabalhadores que se recusaram a dar o seu consentimento tenham sido sobretudo trabalhadores filiados em sindicatos e até representantes dos trabalhadores. Quanto a estes últimos a sua responsabilidade de, segundo o seu estatuto, cuidarem e zelarem não apenas dos seus interesses pessoais, mas do interesse coletivo, implicava uma maior probabilidade de resistirem a este acordo e serem abrangidos, como efetivamente sucedeu, pelo despedimento coletivo. E constata-se que dos 21 trabalhadores abrangidos por este despedimento coletivo, 20 eram sindicalizados e sete eram representantes eleitos dos trabalhadores (facto 3.47)."

[144] FRAÚSTO DA SILVA, "Observações…", *cit.*, p. 554.

parcial, poderá coenvolver a discriminação em razão do sexo, por se saber serem as mulheres quem *(muito) mais* trabalha ao abrigo desta modalidade contratual[145]. Pense-se, ainda, no critério de seleção assente na assiduidade, que considere, indistintamente, as faltas justificadas e injustificadas, sendo certo que são as mulheres quem, estatisticamente, apresenta um nível de absentismo justificado mais elevado, quer por circunstâncias biológicas atinentes ao parto e à amamentação, quer pelo facto de serem quem assume, ainda hoje, de forma *preponderante*, a prestação de cuidados à família[146]. A seleção baseada no absentismo pode, ainda, configurar uma hipótese de discriminação indireta em razão da filiação e atividade sindical, penalizando os trabalhadores que faltem justificadamente ao trabalho no exercício do direito à greve[147].

Ressalve-se, contudo, que, em certos casos, a diferença de tratamento assente – direta ou indiretamente – num fator de discriminação, *prima facie* ilícita, poderá descaracterizar-se enquanto ato discriminatório, se se revelar "objetivamente justificada por um fim legítimo" e desde que "os meios para o alcançar sejam adequados e necessários" (art. 23º, nº 1, al. b), in fine e art. 25º, nº s 2 e 3). Pense-se, precisamente, num critério de seleção que conceda preferência na manutenção do emprego aos trabalhadores mais velhos, em princípio, com maior dificuldade em reingressar no mercado de trabalho[148]. Neste plano, a justificação do tratamento diferenciado reclamará especial prudência por parte do julgador, que, perante a colisão de bens jurídicos protegidos, deverá socorrer-se do princípio da proporcionalidade, ou do "princípio da menor danosidade" a que alude FRAÚSTO DA SILVA, "de acordo com o qual certos critérios poderão encontrar legitimação na circunstância do despedimento

[145] FRAÚSTO DA SILVA, "Observações…", *cit.*, p. 554. Veja-se, a este propósito, o célebre caso *Bilka* (Ac. do TJ de 13.05.1986, proferido no Proc. C-170/84), concluindo pela existência de discriminação indireta em razão do sexo na atribuição de um complemento salarial apenas aos trabalhadores a tempo completo.
[146] MILENA ROUXINOL, *Direito Antidiscriminação*…, *cit.*, p. 71.
[147] MILENA ROUXINOL, "O agente algorítmico – licença para discriminar? (Um [segundo] olhar sobre a seleção de candidatos a trabalhadores através de técnicas de inteligência artificial)", Revista do CEJ, 1º semestre 2021, nº 1, pp. 242-243.
[148] Se estabelecidas pelo legislador, podemos falar a este propósito de "medidas de ação positiva" (art. 27º do CT), ou de "discriminação positiva" – de que serão exemplo as "quotas" para trabalhadores com deficiência (art. 28º da Lei nº 38/2004, de 18.08) ou para mulheres em órgãos estatutários (Lei nº 62/2017, de 01.08) – destinadas a compensar a posição desfavorável de certos grupos na sociedade. Como salienta MILENA ROUXINOL (*Direito Antidiscriminação*…, *cit.*, p. 58), estas medidas "não devem ir além de um ponto ótimo, que tenda a permitir a neutralização, ou minimização, da persistente desvantagem de um certo grupo, sem, no entanto, levar ao desfavorecimento excessivo dos sujeitos que não lhe pertencem".

se mostrar menos danoso para os trabalhadores que identifique do que para outros, em face dos meios de tutela disponível a que possam aceder com exclusão dos demais."[149]

Reconhecendo que da aplicação das regras gerais de distribuição do ónus da prova resultaria a inefetividade de tutela em grande parte dos casos, dada a dificuldade sentida pelo trabalhador em demonstrar que foi vítima de um ato ou medida discriminatório – já que isso implicaria aceder ao complexo processo decisório do empregador e aos elementos em que este se baseou –, a legislação comunitária (inicialmente, o art. 4º, nº 1 da Diretiva 97/80/CE, do Conselho, de 15.12, agora replicado no art. 19º da Diretiva 2006/54 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 05.07) e, em sua transposição, o CT (art. 25º, nº 5), preveem, nesta sede, uma inversão do ónus da prova: verificando-se uma diferença de tratamento entre sujeitos pertencentes a grupos distintos, presume-se a existência de discriminação, cabendo ao empregador afastar essa presunção.[150]

Assim, nos termos do nº 5 do art. 25º do CT, "cabe a quem alega discriminação indicar o trabalhador ou trabalhadores em relação a quem se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer fator de discriminação." Como ensina MILENA ROUXINOL, para lograr inverter o ónus da prova, "cabe ao empregador justificar a disposição, critério ou prática alegadamente discriminatória"; para tal, "invocará o objetivo tido em vista com a sua adoção e caber-lhe-á inculcar no legislador a convicção de que a medida é adequada ao mesmo, mas também necessária ou indispensável, inexistindo outras que, razoavelmente, pudessem ser aplicadas com eficácia similar e, bem assim, proporcional *stricto sensu*, isto é, que, em termos objetivos, os interesses protegidos não são de menor valia do que aqueles que se lesam, considerada, certamente, a medida dessa lesão."[151]

2.1. Em especial, a discriminação algorítmica[152]

[149] "Observações…", *cit.*, p. 554. O Autor (*ibid.*) dá como exemplo a seleção de trabalhadores com mais de 54 anos com o argumento de que, após o período de concessão do subsídio de desemprego, possam aceder sem penalização à pensão de velhice por antecipação da idade.

[150] MILENA ROUXINOL, *Direito Antidiscriminação*…, *cit.*, pp. 61-66. Salientando as diferenças probatórias entre as hipóteses de discriminação direta (identificação do ato diferenciador e do comparador real ou hipotético) e de discriminação indireta (impacto diferenciado da medida adotada em diversos grupos subjetivos, sendo a desproporção relevante), cfr. pp. 68-71 e pp. 71-74, respetivamente.

[151] MILENA ROUXINOL, *Direito Antidiscriminação*…, *cit.*, p. 74.

[152] Sobre o tema, na doutrina nacional, veja-se, por todos, MILENA ROUXINOL, "O agente algorítmico – licença para discriminar? (Um [segundo] olhar sobre a seleção de candidatos a trabalhadores através de

Nos tempos atuais, assume particular destaque a hipótese de *discriminação algorítmica*, expressão usada para designar o tratamento – direta, mas sobretudo, indiretamente – discriminatório, injustificadamente prejudicial, levado a cabo através de algoritmos, i.e., sistemas computacionais, ou de matemática aplicada, capazes de tomar decisões, ou de dar respostas (*output* ou *outcome*) através da inteligência artificial e com base nos dados (*input*) que lhes são fornecidos[153].

Embora não seja de excluir a possibilidade de discriminação direta através do recurso a algoritmos – até, porque, como se disse, não se exige que o ato discriminatório seja intencional ou sequer consciente[154]–, a verdade é que a hipótese mais comum neste âmbito será a de discriminação indireta: "aparentemente neutro, o mecanismo computacional produz resultados desequilibrados sobre sujeitos de diversas categorias sociais".[155]

Ora, um dos processos decisórios em que o recurso a sistemas computacionais assume particular potencial discriminatório será, precisamente – a par de outros como o recrutamento ou a avaliação de desempenho –, a seleção dos trabalhadores a despedir no âmbito do despedimento coletivo[156]. Na verdade, a seleção dos trabalhadores a despedir por via de mecanismos computacionais acarreta, desde logo, o risco de reproduzir os preconceitos humanos e a discriminação contra certos grupos em razão do género, da etnia, da cultura, da religião, etc. A fonte do problema reside na qualidade da informação, dos dados fornecidos, no fundo, "no homem por detrás da máquina": se quem programa a máquina é preconceituoso, a decisão, embora mecânica e automática, também o será (daí o célebre aforismo "*garbage in, garbage out"*)[157].

Por outro lado, não basta que as variáveis mostrem critérios objetivos, porquanto, tal como nas outras hipóteses de discriminação, a discriminação

---

técnicas de inteligência artificial)", Revista do CEJ, 1º semestre 2021, nº 1, pp. 235-268 e TERESA MOREIRA, "Discriminação algorítmica", *in Direito do Trabalho, Relação Individual,* 2ª edição, revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2023, JOÃO LEAL AMADO / MILENA SILVA ROUXINOL / JOANA NUNES VICENTE /CATARINA GOMES SANTOS/ TERESA COELHO MOREIRA, pp. 349-364.

[153] MILENA ROUXINOL, "O agente algorítmico…", *cit.*, p. 237.

[154] Note-se, porém, que o aparente automatismo do algoritmo poderá ser usado, dolosamente, pela mão humana, para "mascarar" atos discriminatórios. – Assim, MILENA ROUXINOL, "O agente algorítmico…", *cit.*, pp. 246-247.

[155] MILENA ROUXINOL, "O agente algorítmico…", *cit.*, p. 258.

[156] Considerando que o despedimento coletivo é o "âmbito natural" para que os riscos de discriminação por via do uso dos algoritmos se concretizem, na seleção das pessoas a serem incluídas no despedimento, cfr. DANIEL PEREZ DEL PRADO, *Derecho, Economia y Digitalizacion, El impacto de la inteligência artificial, los algoritmos y la robótica sobre el empleo y las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 186.

[157] TERESA MOREIRA, "Discriminação algorítmica", cit, pp. 355-357.

algorítmica não inclui apenas os casos mais ostensivos ou flagrantes, porque intencionais, mas também, e talvez com maior frequência, aqueles outros em que, sem existir uma intenção discriminatória na configuração do algoritmo, este pode produzir um resultado discriminatório, por impactos não previstos, ou porque os dados se mostram enviesados ou corrompidos por defeito ou devido a erros na sua sequência lógica[158].

Não devem, por isso, aceitar-se acriticamente os resultados a que conduza o funcionamento do algoritmo, assumindo uma espécie de "princípio de autoridade". Crucial será, em todo o caso, garantir a transparência, explicitando o respetivo modo de funcionamento, os dados que utiliza, e os resultados que produz, evitando que funcione como uma autêntica "black box", de opacidade imperscrutável[159].

Ciente dos riscos inerentes à utilização de mecanismos de IA no âmbito das relações laborais, o legislador nacional – na senda, aliás, das diretrizes formuladas por diversas instituições internacionais (v.g. a OIT[160], a OCDE[161], o Parlamento Europeu e o Conselho Europeu[162]), das recomendações constantes do *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021*[163] e da *Carta Portuguesa dos Direitos Humanos na Era Digital* (Lei nº 27/2021, de 17.05)[164] –aproveitou a oportunidade de alteração do CT promovida pela "Agenda do Trabalho Digno" (Lei nº 13/2023, de 01.04) para introduzir algumas normas destinadas, essencialmente, a prevenir o risco de

---

158 PEREZ DEL PRADO, Derecho, Economia y Digitalizacion…, cit., p. 187.

159 PEREZ DEL PRADO (*Derecho, Economia y Digitalizacion*…, *cit.*, pp. 186-187) dá nota do caso judicial "Skill Competence Matrix", decidido pelo Tribunal Supremo de Espanha em 25.09.2018, no qual se analisou a idoneidade de um algoritmo que ponderava três variáveis para selecionar as pessoas a incluir num processo de despedimento coletivo: índice de polivalência (40%), número de operações elegíveis (40%) e número de certificações (20%). O Tribunal entendeu que não havia discriminação já que a empresa demonstrara a utilização de critérios de seleção objetivos, razoáveis e não arbitrários. Como se destaca nesta decisão, para avaliar até que ponto um algoritmo pode ser discriminatório é essencial conhecer os seguintes elementos: que dados utiliza, como funciona e que resultados produz.

160 *Trabalhar para um Futuro Melhor*, Genebra, 2019

161 *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, 2019.

162 Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (*Regulamento Inteligência Artificial*), de 21.04.2021, que esteve na origem do Regulamento 2024/16989, de 13.06.2024. Com especial interesse, veja-se o Considerando nº 57.

163 Coordenado por TERESA MOREIRA e GUILHERME DRAY. Uma das principais recomendações relacionadas com a regulação do uso de algoritmos nas relações de trabalho, prendia-se, precisamente, com a necessidade de assegurar a transparência do respetivo funcionamento, prevenindo práticas discriminatórias.

164 Veja-se, em especial, o art. 9º, relativo ao "uso da inteligência artificial e de robôs".

discriminação e o risco de falta de transparência na tomada de decisões automatizadas[165].

Assim, acrescentou uma nova al. o) ao nº 3 do art. 3º, relativa ao "uso de algoritmos, inteligência artificial e matérias conexas, nomeadamente no âmbito do trabalho nas plataformas digitais", salvaguardando que as normas legais reguladoras destas matérias só poderão ser afastadas por IRCT em sentido mais favorável aos trabalhadores.

Por outro lado, passou a salientar-se, expressamente, no novo nº 3 do art. 24º, que o direito à igualdade de oportunidades e tratamento e a proibição de discriminação do trabalhador ou candidato a emprego também se aplica no caso de tomada de decisões baseadas em algoritmos ou outros sistemas de inteligência artificial. Embora, em rigor, a ressalva não se mostrasse necessária, porquanto já decorreria das regras gerais em matéria de igualdade e não discriminação, a alteração legislativa pretende sinalizar o potencial danoso associado ao uso dos algoritmos nos processos decisórios[166].

Por último, tendo em vista minimizar a falta de transparência e a opacidade destes mecanismos automatizados, consagrou-se um especial dever de informação nesta matéria, no plano individual e coletivo. Assim, no art. 106º, nº3, referente ao dever de informação a cargo do empregador[167], aditou-se a al. s), com o seguinte teor: "Os parâmetros, os critérios, as regras e as instruções em que se baseiam os algoritmos ou outros sistemas de inteligência artificial que afetam a tomada de decisões sobre o acesso e a manutenção do emprego[168], assim como as condições de trabalho, incluindo a elaboração de perfis e o controlo da atividade profissional". A mesma matéria passou a integrar o âmbito do direito à informação da comissão de trabalhadores (art. 424º, nº 1, al. j)) e do direito à informação e consulta dos delegados sindicais (art. 466º, nº 1, al. d)).[169]

---

[165] Assim, JOSÉ JOÃO ABRANTES e ISABEL VALENTE DIAS, "Regulação do algoritmo nas relações laborais", *in QL* nº 63, 2023, pp. 37-50, em especial, pp. 41-47.

[166] No mesmo sentido, cfr. JOSÉ JOÃO ABRANTES e ISABEL VALENTE DIAS, "Regulação do algoritmo…", *cit.*, p. 43.

[167] Ao abrigo deste dever, a informação deve ser prestada, por escrito, aos trabalhadores, no prazo de um mês a contar do início da execução do contrato de trabalho, ou, no caso de alteração superveniente, até à data em que essa alteração produza efeitos: arts. 107º, nº 4 e 109º, nº 1 do CT.

[168] TERESA MOREIRA ("Discriminação algorítmica…", *cit.*, p 363) entende que a referência conjunta a "parâmetros, regras e instruções" deve ser entendida como referindo-se à lógica, características de funcionamento do algoritmo e às suas consequências.

[169] Demonstrando estranheza pela aparente diferenciação entre comissões de trabalhadores e delegados sindicais, uma vez que, da letra dos mencionados preceitos, parece resultar que apenas os delegados

Em decorrência deste novo dever de informação – de feição individual e coletiva – parece resultar que já hoje, em face da lei vigente, sempre que o empregador pretenda efetuar a seleção dos trabalhadores a despedir através de um sistema computacional, deverá referi-lo logo na fase de informações e negociação do despedimento coletivo, permitindo o respetivo conhecimento e escrutínio pelos (representantes dos) trabalhadores[170]. De *iure condendo*, porém, talvez fosse conveniente aditar-se na al. c) do nº 2 do art. 360º do CT, referente ao teor informativo das comunicações iniciais, a referência ao algoritmo que o empregador pretenda utilizar para a seleção dos trabalhadores a despedir, obrigando a que essa informação seja prestada antes do início da fase das negociações.

Do mesmo modo, de forma a possibilitar que o trabalhador conheça o "motivo da cessação do seu contrato", a razão pela qual foi selecionado para ser despedido e que, posteriormente, o Tribunal possa avaliar da licitude desse despedimento, exigir-se-á igualmente do empregador que, na comunicação da decisão final de despedimento (art. 363º, nº 1 do CT), explicite a correlação entre os dados utilizados e o resultado alcançado pelo algoritmo, sob pena de se concluir pela improcedência do motivo (art. 381º, al. b)).

3. Consequências de vícios na escolha e aplicação dos critérios de seleção

Decorre do acima exposto, que a liberdade gestionária na fixação dos critérios de seleção dos trabalhadores a despedir no âmbito do despedimento coletivo enfrenta os naturais limites corporizados pelas normas imperativas e de ordem pública referentes ao princípio da igualdade e não discriminação (art. 13º da CRP, arts. 23º e ss do CT). Em especial, tais critérios não poderão violar, direta ou indiretamente, direitos fundamentais dos trabalhadores-cidadãos[171], nem assentar em qualquer outro fator de discriminação (art. 24º, nºs 1 e 2, *in fine*, do CT) ou produzir efeito discriminatório indireto sobre um grupo social em razão de um desses critérios, sem

---

sindicais e já não as comissões e trabalhadores gozam do direito a consulta nesta matéria, cfr. JOSÉ JOÃO ABRANTES e ISABEL VALENTE DIAS, "Regulação do uso do algoritmo…", *cit.*, p. 44, nota 16, e TERESA MOREIRA, "Discriminação algorítmica…", *cit.*, pp. 362-363.

[170] Salientando a importância de submeter o algoritmo à análise e discussão nesta fase do procedimento do despedimento coletivo, cfr. PEREZ DEL PRADO, *Derecho, Economia y Digitalizacion*…, *cit.*, pp. 186-187, nota 447.

[171] Tais como a liberdade de expressão (art. 37º da CRP), a liberdade de pensamento e de religião (art. 41º da CRP), o livre desenvolvimento da personalidade, a reserva da intimidade da vida privada (art. 26º da CRP), o direito a casar e constituir família (art. 36º da CRP), o direito à greve (art. 57º da CRP), ou a liberdade sindical (art. 55º da CRP), apenas para citar alguns exemplos.

justificação razoável (art. 23º, nº 1, al. b) do CT). Exige-se, igualmente, uma relação de congruência entre os motivos invocados para o despedimento coletivo e a escolha do trabalhador a despedir, que deverão ser razoáveis e não abusivos (v.g. por desvio ao fim económico)[172].

De outro modo, verificando-se qualquer uma destas hipóteses, a consequência associada à ilicitude do critério usado para a seleção do trabalhador a despedir não poderá deixar de passar, fatalmente, pela ilicitude e invalidade do respetivo despedimento, face à improcedência do motivo justificativo (art. 381º, al. b) do CT) e/ou ao caráter discriminatório do despedimento (art. 381º, al. a) do CT)[173].

Mais duvidosas e de resposta menos perentória afiguram-se, porém, aquelas outras hipóteses em que os critérios de seleção, conquanto não padeçam, em si mesmos, de qualquer vício, são erradamente aplicados pelo empregador, ou por este desconsiderados, levando a que seja despedido um trabalhador que, de outro modo, não o seria. *Quid iuris*? Será o despedimento ilícito pelo vício na aplicação dos critérios? E, em caso afirmativo, será também inválido, não produzindo qualquer efeito e obrigando à reintegração do trabalhador despedido (ou à indemnização substitutiva)? Ou, sendo ilícito, não será, todavia, inválido, originando apenas uma obrigação de indemnização ao abrigo das regras gerais da responsabilidade civil?

A este propósito, a doutrina e a jurisprudência começaram por perfilhar o entendimento segundo o qual a irregular aplicação dos critérios de seleção fixados pelo empregador no despedimento coletivo – desde que não se afigure discriminatória ou violadora de direitos fundamentais –, conquanto grave, e suscetível de sindicabilidade judicial, importará apenas consequências indemnizatórias, a fazer valer num processo comum, sem, contudo, pôr em causa a validade do despedimento[174].

Todavia, prevalece atualmente a tese oposta, a que se adere, defendendo que, mesmos nestes casos, o despedimento será não só ilícito, mas também inválido, nos termos gerais, porquanto "só essa solução se afigura tolerada pela tutela constitucional da estabilidade do emprego." [175] Julgamos, porém, que deve ser feita uma ressalva para

---

[172] Assim, FRAÚSTO DA SILVA, "Observações…", *cit.*, p. 556.
[173] No mesmo sentido, FRAÚSTO DA SILVA, "Observações…", *cit.*, p. 557.
[174] Neste sentido, cfr. BERNARDO XAVIER, *O despedimento colectivo...*, *cit.*, pp. 690-691, que argumenta: "Na realidade, por estreitas contas, a solução da invalidação de um despedimento acarretaria a emanação de um outro despedimento, com a inerente deseconomia processual". O Autor (*ibid.*) ilustra o acolhimento da mesma tese em algumas decisões judiciais dos nossos tribunais superiores: cfr. o Ac. do TRP de 05.05.97 e o Ac. do TRL de 06.11.96.
[175] FRAÚSTO DA SILVA, "Observações…", *cit.*, p. 558. BERNARDO XAVIER ("A Reforma do Despedimento Coletivo", in *I Conferência Luso—Espanhola de Direito do Trabalho, A Reforma*

os casos em que a alteração dos critérios de seleção resulte da negociação estabelecida com os representantes dos trabalhadores, desde logo, para acolher situações sociais relevantes que só nesta fase passaram a ser conhecidas do empregador.[176]

Conclusão

A utilização da IA nos processos de decisão adotados no contexto das relações laborais comporta novos riscos de discriminação, direta e, sobretudo, indireta. A legislação – comunitária e nacional – tem procurado consagrar mecanismos que assegurem a transparência do complexo decisório, permitindo o seu escrutínio e obviando a eventuais resultados discriminatórios, pretendidos ou não pelo responsável por essas decisões.

Em todo o caso, e sem menosprezar os contributos legislativos nesta sede, v.g. em matéria de dever de informação, julga-se que a palavra decisiva caberá aos Tribunais, que, confrontados com casos concretos, tratarão de adaptar os mecanismos clássicos de controlo das decisões de despedimento a esta nova realidade, cada vez mais complexa e em permanente transformação.

Bibliografia:

ABRANTES, JOSÉ JOÃO / DIAS, ISABEL VALENTE — "Regulação do algoritmo nas relações laborais", *in QL* nº 63, 2023, pp. 37-50

Laboral em Portugal e Espanha, coord. cient. José João Abrantes, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 111-112) encara com sérias reticências a tendência jurisprudencial que, ancorada na tese de FRAÚSTO DA SILVA, afirma a consequência da invalidação por desrespeito dos critérios de seleção, que, em seu entender, "nunca esteve prevista no despedimento coletivo (pas de nulité sans loi)". Segundo o Autor "pode ocorrer o desrespeito pelo empregador dos critérios de seleção que ele próprio estabeleceu, ato que, sendo porventura ilícito, nem por isso terá de determinar necessariamente a impugnabilidade do despedimento". As consequências, para o Autor, serão, em princípio, meramente indemnizatórias com exceção para os casos em que o desrespeito dos critérios de seleção se revele discriminatório nos termos do art. 381º, a). E, casos haverá, em que, na sua opinião, "o desrespeito do critério inicial pode até revelar-se perfeitamente lícito se ele não tiver proporcionado uma situação de confiança e do novo critério de seleção resultar transparentemente um entendimento melhor da situação, máxime quando contemple situações socialmente mais atendíveis e relevantes".

[176] A este propósito, BERNARDO XAVIER ("A reforma…", *cit.*, p. 114), salienta que "A aplicação dos critérios de seleção, como se disse, envolve análises multifactoriais, sujeitas a discussão com as estruturas representativas dos trabalhadores e em constante mutação: não se vê o que obriga o empregador a conservar e manter esses critérios, sobretudo quanto a situações socialmente relevantes, que só vêm à supuração em fase final."

AMADO, JOÃO LEAL / ROUXINOL, MILENA SILVA / VICENTE, JOANA NUNES / SANTOS, CATARINA GOMES / MOREIRA, TERESA COELHO — *Direito do Trabalho, Relação Individual,* 2ª edição, revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2023

MARTINS, PEDRO FURTADO — *Cessação do Contrato de Trabalho,* 4 ª edição revista e atualizada, Principia, Cascais, 2017

MARTINS, PEDRO FURTADO — *Cessação do Contrato de Trabalho,* 4 ª edição revista e atualizada, Principia, Cascais, 2017

MONTOYA MELGAR, ALFREDO — *Derecho del Trabajo*, 41ª edição revista e atualizada, 2020, Editorial Tecnos, Madrid

PEREZ DEL PRADO, DANIEL — *Derecho, Economia y Digitalizacion, El impacto de la inteligência artificial, los algoritmos y la robótica sobre el empleo y las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023

RAMALHO, ROSÁRIO PALMA — *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais,* 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2023

ROUXINOL, MILENA SILVA — "O agente algorítmico – licença para discriminar? (Um [segundo] olhar sobre a seleção de candidatos a trabalhadores através de técnicas de inteligência artificial)", Revista do CEJ, 1º semestre 2021, nº 1, pp. 235-268.

ROUXINOL, MILENA SILVA —*Direito Antidiscriminação nas Relações Laborais*, Almedina, Coimbra, 2024

SILVA, FILIPE FRAÚSTO DA — "Observações acerca da seleção social no procedimento de despedimento coletivo", in *Direito e Justiça, I, Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Universidade Católica Editora, 2011, pp. 541-558.

XAVIER, BERNARDO DA GAMA LOBO — "A Reforma do Despedimento Coletivo", in *I Conferência Luso—Espanhola de Direito do Trabalho, A Reforma Laboral em Portugal e Espanha*, coord. cient. José João Abrantes, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 65-120.

XAVIER, BERNARDO DA GAMA LOBO — *O despedimento colectivo no dimensionamento da empresa*, Verbo, 2000.

Correntes migratórias: aspetos socioeconómicos e políticos

Corrientes migratorias: aspectos socioeconómicos y políticos

Movilidad internacional en la región de las Américas

Emilio Carrasco

Sumario: *INTRODUCCIÓN; I. LA MOVILIDAD EN LAS AMÉRICAS: a. Las Américas como origen de la migración; b. Destino de la migración de las Américas; b.1. Migración intrarregional; b.2. Otros destinos, España y Portugal; c. Desplazamiento forzado, migración de tránsito y refugio; II. PERSONAS MIGRANTES Y PROTECCIÓN SOCIAL: UN DERECHO SIN FRONTERAS: a. Instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos de las personas migrantes; a.1. Instrumentos de Naciones Unidas; a.2. Instrumentos de la Organización de Estados Americanos; a.3. Convenios y Recomendaciones de OIT; III. ACUERDOS MULTILATERALES Y BILATERALES PARA LAS PERSONAS TRABAJADORAS MIGRANTES Y SU EFECTIVIDAD: a. Convenios Regionales de Seguridad Social; a.1 Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social; a.2 Declaración Sociolaboral del MERCOSUR; a.3 Decisión 583 de la Comunidad Andina (CAN).*

Introducción

La movilidad es una condición inherente a la naturaleza humana. El fenómeno de la movilidad ha sido parte integral de la humanidad desde sus orígenes, cuando los primeros seres humanos comenzaron a desplazarse en la búsqueda de recursos, y mejores condiciones de vida, así como para huir de peligros y resguardar la vida. Con el paso del tiempo y a partir de la creación de los Estados Nación en el siglo XVII[177] se crea el concepto de frontera. Las fronteras, que en principio se establecieron para delimitar territorios y soberanías, no han logrado frenar la movilidad humana, sino que, por el contrario, la migración ha desbordado esas barreras permanentemente. La globalización, con su constante interconexión de mercados, culturas e información, ha sido un factor que ha contribuido a profundizar este proceso. A través de la globalización, se han creado nuevas redes económicas y sociales que han facilitado el tránsito de personas de un lugar a otro, en busca de oportunidades laborales, educativas, personales, entre otras.

La migración a nivel global es un fenómeno complejo que implica el movimiento de millones de personas en la búsqueda de mejores condiciones de vida, de integración, pertenencia y desarrollo. Este proceso, a menudo marcado por desafíos y obstáculos, subraya la importancia de garantizar y proteger los derechos humanos de los migrantes, en especial el relacionado con su seguridad social. Los migrantes, al enfrentarse a diversas situaciones de riesgo, necesitan contar con un marco legal y

[177] El Estado nación surge mediante el tratado de Westfalia, al final de la guerra de los Treinta Años (1648).

voluntad política que resguarde sus derechos fundamentales, sin importar su origen. En este contexto, los gobiernos de los distintos países juegan un papel esencial en ofrecer la protección necesaria, asegurando que los migrantes puedan acceder a servicios básicos, oportunidades de empleo y una vida digna.

Este artículo busca a partir del análisis de los flujos migratorios en las Américas, del marco jurídico de protección a los migrantes en el contexto de los derechos humanos y de los convenios internacionales y regionales sobre acceso a la seguridad social, reflexionar sobre la efectividad de estos acuerdos y la necesidad de desarrollarlos para una protección efectiva, universal e inclusiva. Está organizado en cuatro secciones principales. En la primera parte, ofrece información sobre los flujos migratorios en la región, con un enfoque particular en los movimientos migratorios en y desde América. La segunda sección aborda el marco jurídico de la protección a los migrantes dentro del contexto de los derechos humanos, en especial el derecho a la seguridad social como parte de los derechos humanos fundamentales. En la tercera sección, se presentan los acuerdos regionales y binacionales establecidos entre los países para asegurar que los migrantes tengan acceso a servicios básicos de salud, protección contra riesgos laborales, pensiones y otros beneficios de la seguridad social. Igualmente, identifica la disparidad entre la adopción formal de instrumentos legales internacionales y su efectividad en la práctica. Por último, la cuarta sección concluye con algunas reflexiones sobre la necesidad de hacer efectivos estos acuerdos para lograr una protección universal e inclusiva para todos los migrantes.

I. La movilidad en las Américas

La movilidad tiene diferentes modalidades que incluyen la emigración, el retorno, la circularidad, el tránsito y la inmigración. Estas modalidades pueden ser las originadas en la búsqueda de mejores condiciones de vida o por desplazamientos forzados a causa de desastres naturales y cambios climáticos, así como, las que se derivan de poblaciones en búsqueda de refugio y éxodos masivos por situaciones adversas, entre otras.

La mayor parte de la movilidad en la región se caracteriza por tener una composición familiar y de constituir flujos mixtos[178], es decir, los flujos de población guardan diversidad en cuanto a edad, motivos de emigración y puntos de origen. Si

[178] Flujos de personas que viajan de manera solitaria o acompañada, por las mismas rutas y utilizando el mismo medio de transporte, pero por diferentes motivos.

bien, la mayor parte de esta movilidad ocurre entre los mismos países de la región, es decir, a nivel continental (intrarregional), la movilidad hacia países fuera de la región adquiere cada vez más una presencia importante. Los principales países de atracción de estos flujos migratorios fuera del continente son España, Italia, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, Japón, Francia y Portugal.

Una parte importante de la movilidad en las Américas la constituye el flujo de personas en tránsito que incluye, además de la población regional, personas de otras latitudes procedentes de África o Asia, particularmente de países como China, Yemen, el Congo, Mauritania. Algunos de estos flujos viajan principalmente por Sudamérica y Centroamérica, con el objetivo de llegar a Estados Unidos, en medio de un clima hostil y de alta peligrosidad como la Región del Darién o a lo largo de México y sus fronteras (CONAPO-BBVA Research y Fundación BBVA, 2024). Esta población ha adoptado estrategias, como las caravanas, para disminuir los peligros y los costos que trae consigo el desplazamiento.

Otros de los componentes importantes de la movilidad en la región lo constituyen la migración de retorno y la migración circular, aquella que ocurre de manera estacional, derivada de: un programa de trabajo temporal, de tener documentos migratorios que permitan entrar y salir del país o bien, de ser una migración estructurada o de larga data. Es decir, este tipo de movilidad es consecuencia de la forma en que los flujos migratorios se integran en los países de destino. En este contexto, la migración desde los países de Centroamérica y el Caribe suele ser irregular, mientras que las personas que migran desde los países del sur de América tienen mayores posibilidades de inserción en los destinos, ya que suelen contar con calificaciones más altas y, en algunos casos, acceden a empleos formales (CONAPO e ISA-ESP-UC; 2018). La migración de retorno, además, ha estado marcada por dos fenómenos: el retorno forzoso, que ocurre mediante la repatriación, y el retorno debido a una inserción precaria, que se ve afectada por cualquier inestabilidad económica o política en el país de destino, lo que obliga a los migrantes a regresar a su país de origen.

La región también recibe flujos migratorios de diversos países, principalmente de Estados Unidos, España, Portugal, Italia, Francia y China. Estos movimientos incluyen tanto a personas que regresan a la región, ya sea de forma voluntaria o forzada, como a segundas y terceras generaciones que se reagrupan con sus familias en las Américas. Además, hay un creciente asentamiento de personas que inicialmente

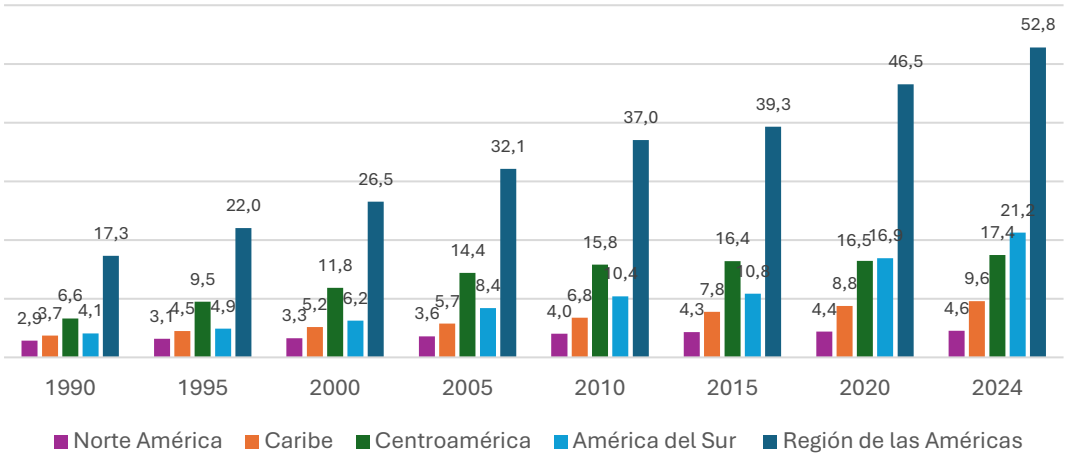
solo transitaban por la zona y han decidido establecerse, lo que ha dado lugar a una mayor diversidad en los países de origen de la población inmigrante en la región.

En el momento en que se escribe este texto, es posible que, debido a las políticas migratorias de Estados Unidos, se modifique de manera importante la composición, naturaleza y dirección de la emigración y el tránsito. Una posible hipótesis es que surjan nuevos patrones migratorios y que los flujos ya no tengan al norte de América como destino. Es probable que estos flujos continúen buscando otros destinos, y que países que actualmente funcionan como puntos de tránsito, como México, vean un aumento en su población migrante. En este contexto, es importante recordar los derechos de las personas migrantes, así como reconocer los beneficios económicos, culturales y demográficos que el fenómeno de la movilidad aporta a las sociedades.

a. Las Américas como origen de la migración

Se estima que en 2024 la población migrante internacional alcanzó 304 millones de personas, es decir, 3.7% de la población mundial, según cifras de la División de Población de Naciones Unidas de 2024. Del total de esta población migrante, 17.4% tiene como origen algún país de las Américas. Esta participación se ha incrementado de manera importante en las últimas tres décadas, ya que en 1990 la población migrante de la región representaba el 11.2%.

Gráfica 1. Población migrante desde las Américas según subregión de origen, 1990-2024 (Millones de personas)



Fuente: Elaboración propia con base en datos de Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2024). International Migrant Stock 2024.

Dentro de la región de las Américas, el origen de la migración es más intensa en algunas subregiones[179]. En 2024, la subregión que agrupa a los países de América del Sur concentra al 40% de la emigración total de la región, seguida por la subregión de Centroamérica (33%), el Caribe (18%) y Norte América (9%). Lo que en términos absolutos refiere a una población de 21.2 millones de personas, 17.4 millones, 9.6 millones y 4.5 millones, respectivamente (véase gráfica 1).

En las últimas décadas, la población migrante de Haití y Cuba ha experimentado un notable aumento. En 2000, la población migrante haitiana era de 821 mil personas, cifra que alcanzó los 2 millones en 2024, representando un crecimiento de 143.6%. Por otro lado, la población migrante de Cuba también ha casi duplicado su tamaño, pasando de 1 millón de personas en el año 2000 a 1.9 millones en 2024. La emigración desde estos países obedece a una combinación de diferentes factores entre los que destacan las crisis económicas, la inestabilidad política, la violencia y la afectación de los desastres naturales como huracanes (Katrina, 2005; Sandy, 2012; Matthew, 2016; o Irma,2017), y específicamente en el caso de Haití el sismo ocurrido en 2010.

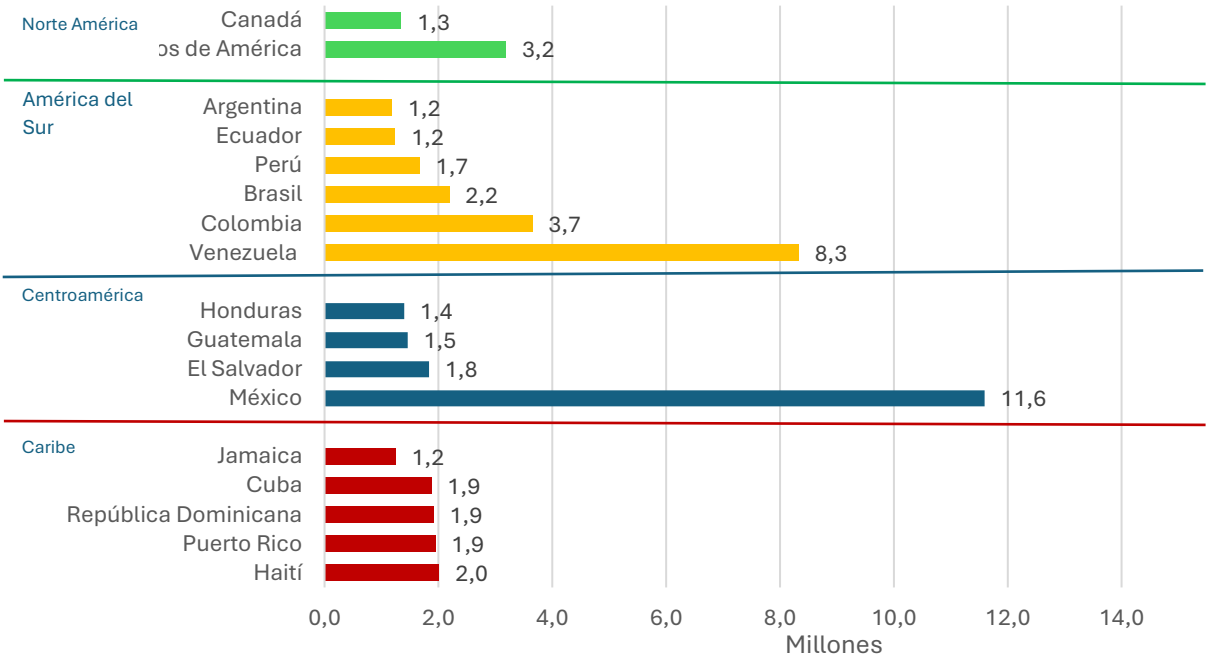
Por su parte, dentro de la subregión Centroamericana, El Salvador, Guatemala y Honduras muestran los desplazamientos más numerosos. Entre estos tres países la población migrante alcanzó 5 millones de personas en 2024, cifra que representó el 27% del total de migración de la subregión centroamericana. Este porcentaje sube a 93% sí se considera a México como parte de Centroamérica. Un estudio de la Organización Mundial para las Migraciones señala que el incremento de los flujos migratorios en los últimos años provenientes del El Salvador, Guatemala y Honduras se ha debido a las condiciones sociales de los países de origen como la violencia, la inestabilidad política, así como los desastres naturales tales como el Huracán Mitch (1998), que afectó en mayor medida a Honduras y El Salvador, el Huracán Stan (2005) que causó estragos en los países anteriores incluyendo a Guatemala, el Huracán Iota y Eta (2020) qué afectó a los tres países. Así mismo, el llamado Corredor Seco de la

[179] La División de Población de Naciones Unidas divide a la región de las Américas en cuatro subregiones: Norte América, América del Sur, Centroamérica y el Caribe. Norte de América incluye a: Bermudas, Canadá, Groenlandia, San Pedro Miquelón y Estados Unidos de América; Centroamérica incluye a: Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua y Panamá. América del Sur incluye a: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Islas Malvinas, Guayana Francesa, Guyana; Paraguay; Perú; Surinam; Uruguay y Venezuela. Caribe incluye a: Anguila, Antigua y Barbuda, Aruba, Bahamas, Barbados, Bonaire, San Eustaquio y Saba, Islas Vírgenes Británicas, Islas Caimán, Cuba, Curazao, Dominica, República Dominicana, Granada, Guadalupe, Haití, Jamaica, Martinica, Montserrat, Puerto Rico, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Sint Maarten, Trinidad y Tobago, Islas Turcas y Caicos e Islas Vírgenes de los Estados Unidos.

subregión ha desencadenado migraciones a causa de eliminar los medios de subsistencia agrícola y ganadera, ocasionando inseguridad alimentaria por el riesgo de sequías prolongadas (OIM, 2021).

Desde 2007, la migración desde México ha estado alrededor de los 12 millones de personas, que representa aproximadamente 10% de su población total, es decir, 1 de cada 10 personas nacidas en México radica fuera de él. La migración entre México y Estados Unidos es de larga data, se estima que a 2024, 97% de la población mexicana fuera del país se encontraba en Estados Unidos, siendo el principal corredor migratorio a nivel mundial. Si bien, este corredor se ha estabilizado en términos de su dimensión, la composición se ha modificado, incluyendo desplazamientos familiares en búsqueda de refugio ocasionado por el incremento de la violencia (Guillén, 2024) acompañado de un cambio en la composición demográfica hacia un flujo más longevo como reflejo de la etapa de transición demográfica que vive México (Giorguli, Guerrero y Masferrer, 2018) (véase gráfica 2).

Gráfica 2. Población migrante de las Américas según principales países de origen por subregiones, 2024 (Millones de personas) [180]



Fuente: Elaboración propia con base en datos de Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2024). International Migrant Stock 2024.

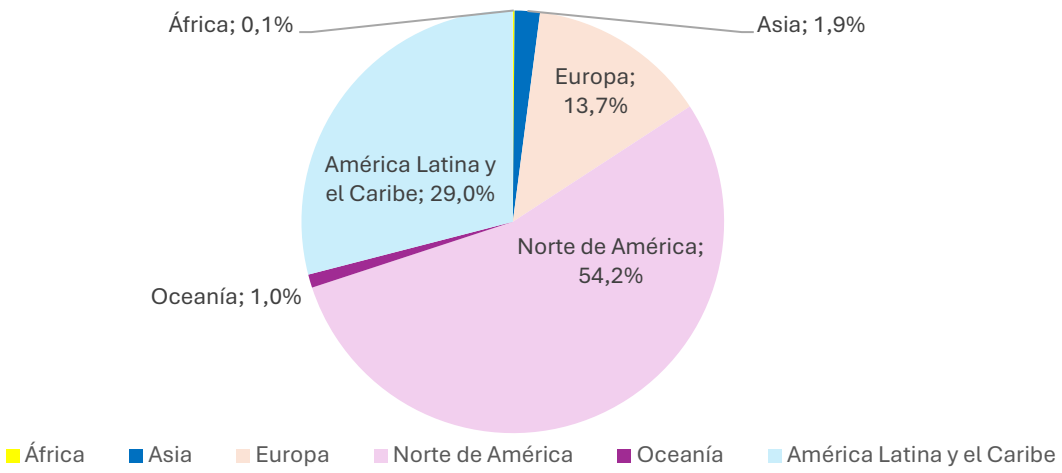
De forma general, los principales expulsores de personas migrantes de la región de las Américas en términos absolutos son México (11.6 millones), Venezuela (8.3 millones), Colombia (3.7 millones), Estados Unidos, (3.2 millones), Brasil (2.2 millones) y Haití (2.0 millones). Al plantearlo en función del tamaño de su población hay países con porcentajes muy altos de su población que emigran, en este grupo se encuentran Puerto Rico (60.8%), Venezuela (29.4%), El Salvador (29.1%), Haití (17.3%), Cuba (17.1%), Antigua y Barbuda (14.1%), Nicaragua (13.3%), Honduras (13.1%) y Paraguay (10.9%).

b. Destino de la migración de las Américas

En 2024, el 29% de la población migrante de la región de las Américas tiene destino América Latina y el Caribe, mientras que, 54.2% se dirige a Estados Unidos y en menor medida a Canadá (véase gráfica 3).

[180] La clasificación de los países según subregión, como el caso de México, obedece términos geográficos y no económicas ni geopolíticas, y es fiel a la fuente de información empleada.

Gráfica 3. Distribución de destino de la emigración de las Américas por región, 2024 (%)



Fuente: Elaboración propia con base en datos de Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2024). International Migrant Stock 2024.

b.1 Migración intrarregional

Los corredores migratorios intrarregionales más importantes son: de México a Estados Unidos (11.3 millones de personas), Venezuela a Colombia (2.9 millones de personas), de Venezuela a Perú (1.6 millones de personas), de Colombia a Venezuela (876 mil personas), de Estados Unidos a México (824 mil personas) de Haití a República Dominicana (535 mil personas) y de Perú a Chile (262 mil personas). Bengochea y Pellegrino (2023: 141) señalan que, además de estos, existen otros sistemas migratorios regionales que son importantes, no solo en términos de volumen y direccionalidad de los flujos migratorios, sino también por las motivaciones particulares propias de la región, como son la falta de estabilidad de su situación política, la desigualdad social, la existencia de mercados regionales y las dinámicas económicas regionales e internacionales. Tal es el caso de la población migrante internacional de la subregión de América del Sur, que a partir de 2010, ha ido tomando mayor importancia debido a varios factores como: a) un incremento de la migración al interior de la región, proveniente principalmente de países como Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay, incentivada por una ciudadanía regional debido al Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Parte del Mercado Común del Sur (Mercosur); b) un incremento de la emigración de la población de Perú, Ecuador y Colombia, pero sobre todo del éxodo procedente de Venezuela; y c) debido a un

desplazamiento desde países como Chile o Brasil de población de segunda generación con origen caribeño de Haití, pero que cuentan con la nacionalidad brasileña o chilena.

Otra forma de migración intrarregional ocurre entre poblaciones que habitan cerca de las fronteras de diferentes países debido a factores históricos, económicos, políticos y sociales, ya que las fronteras políticas son solo líneas divisorias que no interrumpen la interdependencia entre las sociedades de estos países. El caso de Colombia y Venezuela es un ejemplo de este tipo de migración. Bengochea y Pellegrino (2023:144) explican que el desplazamiento de la población colombiana a Venezuela que ocurrió entre las décadas de los años sesenta a los años noventa obedeció a la demanda de población trabajadora en actividades agrícolas y continuó, en las décadas posteriores, hacia las zonas urbanas debido a la inversiones públicas y privadas ocasionadas por el aumento en el precio del petróleo. Estimaciones de la División de Población de Naciones Unidas indican que en 1990 poco más de medio millón de personas de Colombia radicaban en Venezuela, llegando a su punto más alto en la primera década del siglo XXI con cerca de un millón personas.

De manera reciente el éxodo de Venezuela, ante la crisis económica y el colapso de sus servicios públicos, ha encontrado una puerta de entrada en Colombia que ha derivado en una movilidad permanente entre ambos países. Otros sistemas migratorios intrarregionales similares ocurren entre Nicaragua y Costa Rica, Guatemala y México, Panamá y Colombia, Colombia y Ecuador y el de Haití con República Dominicana.

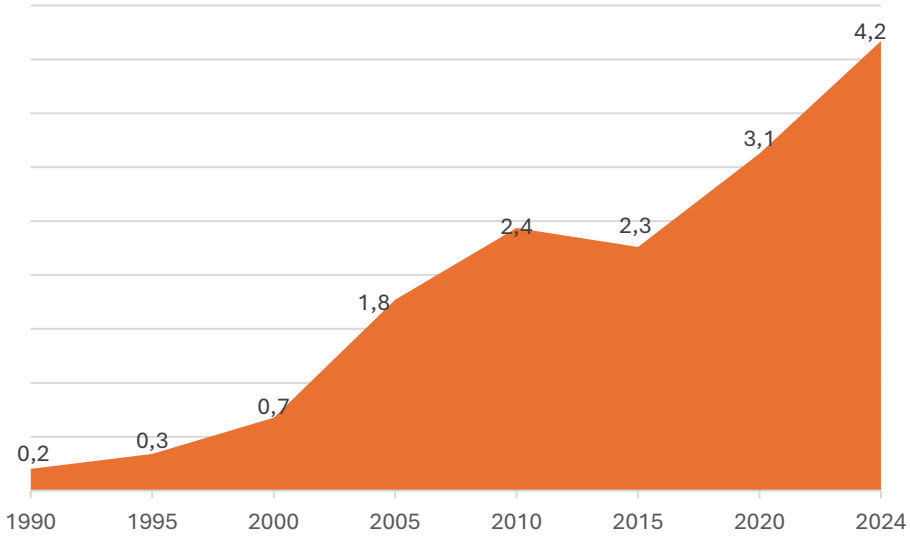
Por su parte, en 2024 la población que radica en Estados Unidos con origen de las Américas es lidereada, después de la mexicana, por aquella que tiene como origen Puerto Rico (1.9 millones), El Salvador (1.6 millones), República Dominicana (1.5 millones), Cuba (1.4 millones), Guatemala (1.3 millones) y Colombia (1 millón). Mientras que la población de Honduras (935 mil), Haití (798 mil) y Venezuela (764 mil), han crecido de manera acelerada en las últimas décadas.

b.2. Otros destinos, España y Portugal

En 2024, de acuerdo con estimaciones del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, la migración de las Américas a Europa ascendió a 7.2 millones de personas, de las cuales 57% tuvo como destino España. La migración desde la región de las Américas hacia España ha sido un fenómeno

significativo durante las últimas décadas, duplicándose de 2010 a 2024 de 2.4 millones a 4.1 millones personas (véase gráfica 4).

Gráfica 4. Migración desde la región de las Américas con destino a España, 1990-2024 (Millones de personas)

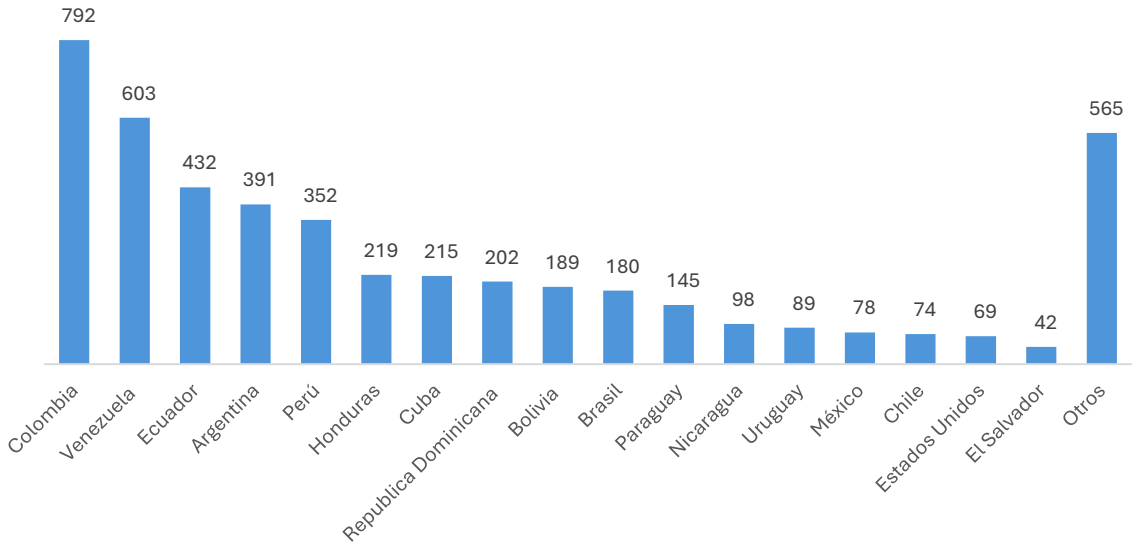


Fuente: Elaboración propia con base en datos de Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2024). International Migrant Stock 2024.

En 2024, los principales países de origen de la población que radicaba en España eran Colombia, Venezuela, Ecuador, Argentina y Perú, los cuales suman al menos 2 millones y medio de personas y representan, 62% de la migración desde la región de las Américas en aquel país (véase gráfica 5).

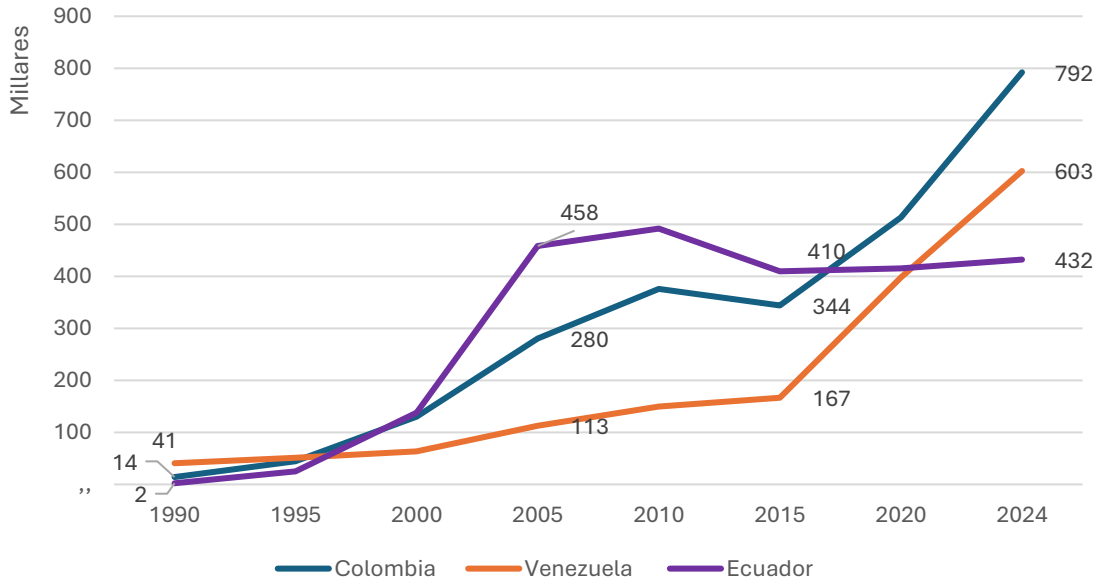
España ha sido históricamente uno de los destinos preferidos para la población colombiana y recientemente, de la población venezolana, ya que ha aumentado considerablemente convirtiéndose en el segundo país de origen de la región de las Américas en el país europeo. Ecuador es el tercer país en importancia de acuerdo con su volumen, esta migración ha mostrado un importante crecimiento sobre todo a partir de la crisis económica en los años noventa y principios del siglo XXI. La población ecuatoriana en España ha logrado una integración significativa a lo largo de los años, a pesar de desafíos como la inserción laboral en empleos poco calificados como en cuidados, en el caso de las mujeres, y en la construcción de los hombres (Santi y Clavijo, 2021) (véase gráfica 5 y 6).

Gráfica 5. Población migrante de las Américas a España según país de origen, 2024 (Miles de personas)



Fuente: Elaboración propia con base en datos de Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2024). International Migrant Stock 2024.

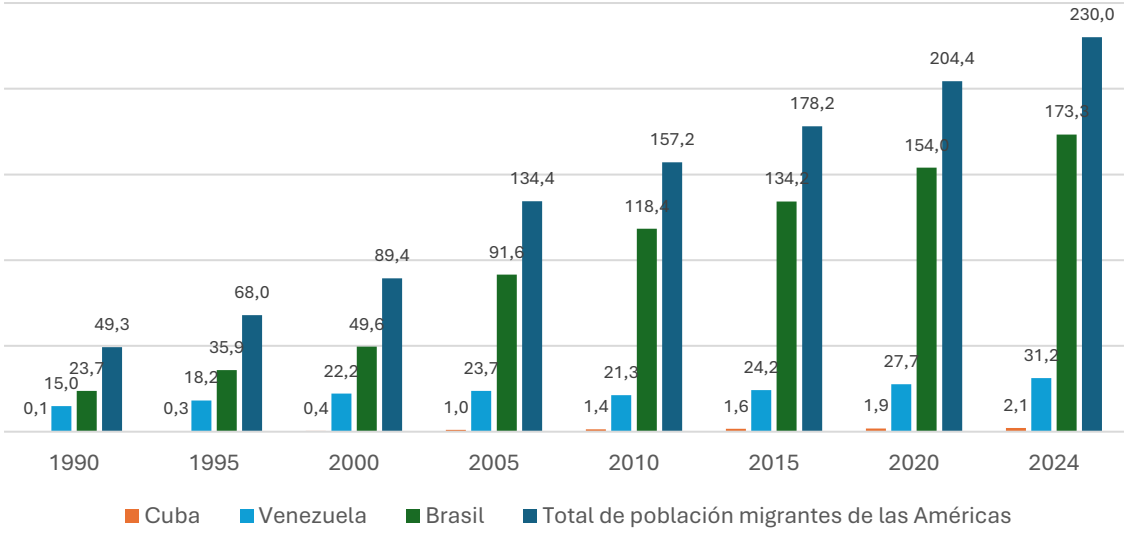
Gráfica 6. Migración histórica de los principales países de origen de las Américas a España, 1990-2024 (Personas)



Fuente: Elaboración propia con base en datos de Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2024). International Migrant Stock 2024.

La migración a Portugal desde los países de la región de las Américas es menor respecto a la que recibe España, no obstante, ha mostrado un crecimiento constante desde hace varias décadas. El principal país de origen que emigra a Portugal es Brasil, le siguen en orden de importancia Venezuela y Cuba, sin embargo, hay otros países como Argentina, Colombia o Perú, que han mostrado un incremento en años recientes, que, a 2024 no supera el stock de dos mil personas por cada país (véase gráfica 7). La relación histórica entre Portugal y su antigua colonia en América Latina y el Caribe ha favorecido la migración, facilitando con ello la integración de la población migrante en Portugal.

Gráfica 7. Principales países de origen de la migración desde las Américas a Portugal, 1990-2024 (Miles de personas)



Fuente: Elaboración propia con base en datos de Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2024). International Migrant Stock 2024.

c. Desplazamiento forzado, migración de tránsito y refugio

Dentro de las movilidades con origen de las Américas, aquellas que ocurren en búsqueda de refugio y quienes se encuentran en tránsito hacia el lugar de destino, guardan una mayor vulnerabilidad.

Las subregiones más frágiles en términos de su ubicación geográfica y características geológicas, aunado a la falta de recursos para afrontar los efectos adversos y el poco conocimiento de medidas que les permitan adaptarse a las nuevas realidades del cambio climático son las subregiones Centroamericana y del Caribe.

Dentro de los riesgos graves más comunes, por su progresividad y por darse de manera repentina, se encuentran las sequías prolongadas y el incremento del nivel del mar. Estos riesgos agudizan vulnerabilidades de poblaciones específicas como mujeres, niños, población originaria indígena o afroamericana, personas con bajos ingresos, entre otros grupos (Casillas, 2023: 198). De acuerdo con estimaciones de Banco Mundial en 2050 la región de América Latina y el Caribe podría llegar a tener 17 millones de personas migrantes forzadas a raíz del cambio climático (Clement, et al. 2021).

Por su parte, los conflictos armados, la delincuencia organizada y la creciente violencia han sido causa relevante de los desplazamientos de la región de manera histórica, ejemplo de ello es la movilidad desde los países de Centroamérica, Honduras y El Salvador, a los que se suma Colombia y México.[181] Los fenómenos del cambio climático, y los desastres naturales y la violencia, generan movilidades en busca de refugio.

Por su parte, respecto a la migración de tránsito irregular, específicamente aquella que viaja entre la frontera de Panamá y Colombia a través de la selva del Darién, mostró un flujo de 302,203 personas en 2024. La población de origen de estos flujos es principalmente de Venezuela (69.5%), seguido Colombia (5.8%), Ecuador (5.5%) y China (4.1%); sin embargo, por esta ruta viajan personas de países tan distantes como Somalia, Eritrea, Yemen, entre otros. Respecto al año previo, en 2023, se identificó un flujo de 520,085 personas, principalmente de Venezuela (63.2%), Ecuador (11%), Haití (8.9%) y China (4.9%) (Migración de Panamá, 2024).

México es otro de los principales países de tránsito, de acuerdo con datos del Instituto Nacional de Migración, el flujo ha crecido de manera importante a partir de 2021, en 2023 se identificó un flujo de 778,907 personas, principalmente de Venezuela, Honduras, Guatemala, Ecuador y Haití y para agosto de 2024, alcanzó un flujo de 925,085 personas, principalmente de Venezuela, Ecuador, Honduras, Guatemala, Colombia y El Salvador. No obstante, de las principales nacionalidades,

[181] Una manera de medir la violencia es a través de las tasas de homicidios dolosos, Honduras, El Salvador, Colombia y México, se encuentran entre los primeros 12 países con las mayores tasas de homicidios dolosos a nivel mundial. De acuerdo con los datos de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) en 2021, Honduras tenía una tasa de 38.1 por cada 100 mil personas, México y Colombia de 28.2 y 27.5 homicidios por cada 100 mil personas, respectivamente.

hay poblaciones de lugares tan lejanos como la India, China, Guinea, Egipto, entre otros.

El principal destino de la población que transita por las Américas, a través de estas rutas, es Estados Unidos, si bien, los principales flujos son procedentes de la misma región, resalta la presencia de países muy distantes; con ello, es posible señalar: i) hay un incremento y diversidad de países que contiene el flujo migratorio que transita por la región; ii) las circunstancias de indocumentación en las que viaja la población incrementando sus vulnerabilidades; iii) ambos aspectos indican un incremento en la necesidad de una gobernabilidad migratoria, a fin de garantizar los derechos de la población migrante y los beneficios de la migración.

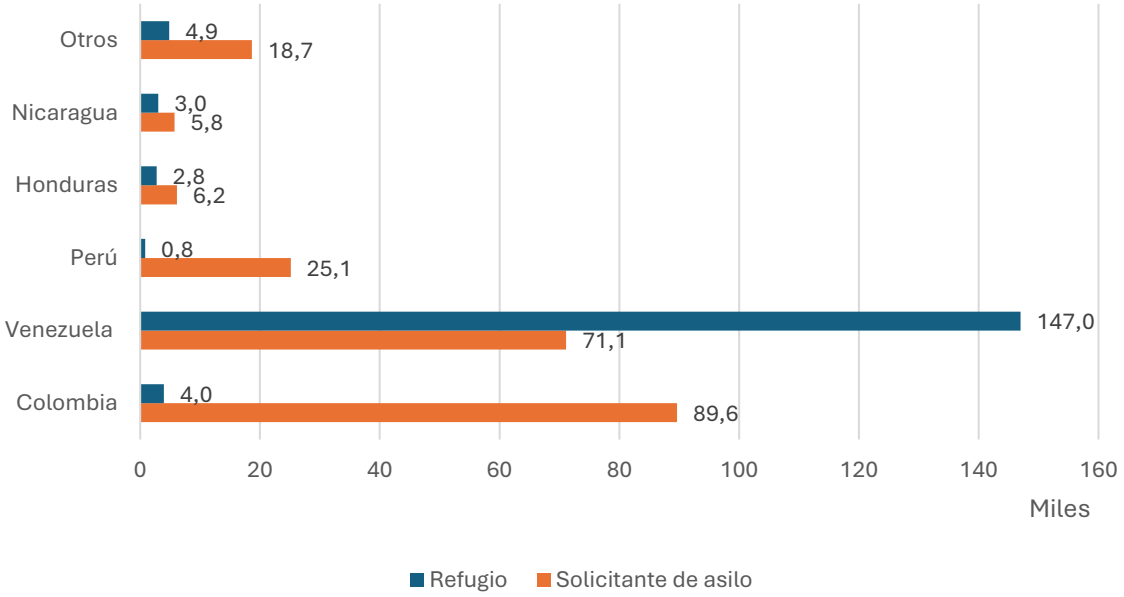
Como se ha señalado, entre los motivos de la movilidad se encuentra la búsqueda de refugio. La población que ha logrado alcanzar la condición de refugio con origen de las Américas ha mostrado un crecimiento continuo. De acuerdo con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en el año 2019 había cerca de medio millón de personas (434 mil) de algún país de las Américas en condición de refugio alrededor del mundo, para mediados de 2024 la población llegó a 878,272 personas, representando 2% de la población refugiada total. Los cinco principales países de origen de las Américas que han visto en peligro su vida son, Venezuela (369,826), Haití (133,262), Honduras (92, 881), Colombia (76,520) y El Salvador (70,489). La población de estos y del resto de países de la región han trazado algunos corredores importantes en términos de su volumen, en otras palabras, han encontrado refugio en países cercanos o bien es países más distantes como España, tal es el caso de la población venezolana en España, la población de Venezuela en Brasil, la población de Haití en Brasil o aquella de Honduras en México.

De esta manera, España ha sido uno de los países que alberga a población de las Américas que busca resguardar su vida, según datos de ACNUR a mediados de 2024 había 216,475 personas solicitantes de asilo con origen de las Américas mientras que 162, 451 ya contaban con el estatus de refugio. Las principales poblaciones que están buscando refugio o aquellos que han obtenido el estatus tienen como origen Colombia, Venezuela, Perú, Honduras y Nicaragua (véase gráfica 8).

Debido a los trámites administrativos que implican el reconocimiento de la condición de refugiado o solicitante de asilo, en términos estadísticos esta población puede encontrarse en un estatus irregular. En España, de acuerdo con el Centro de Estudio Funcas, en 2023 las estimaciones sobre la migración irregular en España

indicaban a una población de 600 mil personas sin documentos o en trámite de residencia regular, que radicaban en el país, de los cuales, la región de las Américas representaba alrededor de medio millón de personas. Esta población ha ido creciendo de manera constante, durante el periodo de 2017 a 2023 la población en condición irregular pasó de 45 mil a 572 mil personas, es decir, un incremento de más de 1 000% en un lapso de 7 años. Los principales países de origen de este grupo son Colombia, Honduras, Perú, Venezuela, Ecuador y Argentina (Funcas, 2024).

Gráfica 8. Principales países de las Américas de población solicitante de asilo y refugiada en España, 2024 (Miles de personas a mitad de año)



Fuente: Elaboración propia con datos de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2024.

II. Personas migrantes y protección social: un derecho sin fronteras

La protección social de las personas migrantes constituye un derecho humano que trasciende fronteras. En las últimas décadas, el derecho internacional ha avanzado en la consolidación de un marco normativo que reconoce este derecho, independientemente del estatus migratorio. Diversos instrumentos internacionales, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos hasta convenios y recomendaciones de organismos como la ONU, la OEA y la OIT han establecido

obligaciones para los Estados respecto a la protección social y condiciones de vida digna para las personas migrantes.

a. Instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos de las personas migrantes

El reconocimiento de los derechos de las personas migrantes ha sido resultado de un proceso de consolidación del derecho internacional de los derechos humanos. A lo largo de las últimas décadas, diversos instrumentos han establecido un marco de protección con el propósito de que los Estados garanticen mejores condiciones de vida y respeto a la dignidad de las personas, independientemente del estatus migratorio.

a.1. Instrumentos de Naciones Unidas

Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), se estableció que toda persona tiene derecho a la seguridad social (Artículo 22) y particularmente, el artículo 25 que establece el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que le resguarde, a ella y a su familia, salud, bienestar, alimentación, vestimenta, vivienda, asistencia médica y servicios sociales esenciales. También menciona la protección en casos de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otras circunstancias que limiten el sustento.

En este sentido, la finalidad principal de la seguridad social se enfoca en garantizar un mecanismo de protección para todas las personas frente a contingencias sociales, sin distinción de origen, género o condición económica puedan gozar de una vida digna mediante el acceso universal a los servicios esenciales para extender el bienestar colectivo.

La evolución de la seguridad social desde la adopción de la Declaración en 1948 ha inspirado tratados y pactos vinculantes, como el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)*, que obliga a los Estados a tomar medidas para garantizar este derecho.

En el contexto de la migración laboral, la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* (1990) amplió las garantías al reconocer la igualdad en condiciones laborales (Artículo 25), el derecho a la seguridad social (Artículo 27) y el acceso a servicios educativos para sus hijos (Artículo 30). En el caso de menores migrantes, la

Convención sobre los Derechos del Niño (1989) refrendó el acceso a la salud (Artículo 24) y la educación (Artículo 28), sin importar su nacionalidad.

En materia de equidad de género, la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (1979) incluyó protecciones específicas para las mujeres migrantes, además de garantizar condiciones laborales adecuadas (Artículo 11) y acceso a servicios de salud (Artículo 12).

Asimismo, las Observaciones Generales de los Comités de Naciones Unidas han ampliado el contenido de los derechos de las personas migrantes debido a que proporcionan directrices para los Estados sobre cómo deben aplicar los tratados internacionales. Destacan la *Observación General Nº 19* del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que interpreta el derecho a la seguridad social y subraya la necesidad de incluir a las personas migrantes sin discriminación, y la *Observación General Conjunta Nº 2 y Nº 4*, que refuerzan la protección social de las personas trabajadoras migrantes y sus familias, con especial énfasis en la igualdad de acceso a prestaciones básicas.

El *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*[182] establece varios principios que refuerzan el acceso a la seguridad social para las personas migrantes. En particular, el Objetivo 15 resalta que los Estados deben asumir los compromisos de garantizar el acceso a servicios básicos, incluyendo la seguridad social y la atención médica. Asimismo, el Objetivo 22 enfatiza la necesidad de facilitar la portabilidad de beneficios de seguridad social, asegurando que los migrantes puedan acceder a los derechos adquiridos en diferentes países.

Los objetivos del Pacto están en concordancia con principios rectores, que son transversales e interdependientes, por lo que, se reafirma que todas las personas migrantes, independientemente de su estatus, tienen derecho a la protección social y el acceso a servicios esenciales. Además, en materia de Cooperación internacional, los Estados deben garantizar la continuidad de la seguridad social de las personas migrantes a lo largo de su trayecto.

Si bien, el Pacto no es jurídicamente vinculante, su enfoque de cooperación internacional reconoce que ningún país puede gestionar la migración de manera

[182] Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. Resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/73/195, el 19 de diciembre de 2018. Disponible en: https://www.un.org/es/conf/migration/global-compact-for-safe-orderly-regular-migration.shtml

aislada. En este sentido, establece un marco de responsabilidad compartida que respeta la soberanía de los Estados y sus obligaciones en virtud del derecho internacional.

a.2. Instrumentos de la Organización de Estados Americanos

En el ámbito regional, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, representado por la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica, 1969) y el *Protocolo de San Salvador* (1988), pondera la obligación de los Estados de salvaguardar el acceso a la seguridad social a todas las personas bajo su jurisdicción. Otros instrumentos son la *Convención Interamericana contra Todas las Formas de Discriminación e Intolerancia,* que protege el acceso a empleo y seguridad social sin distinción de nacionalidad o estatus migratorio, y la *Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, que asegura la seguridad social para las personas mayores migrantes.

a.3. Convenios y Recomendaciones de OIT

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha sido una de las instituciones más relevantes en el desarrollo de estándares de protección social para personas migrantes. Sus convenios y recomendaciones establecen principios que buscan garantizar el acceso a la seguridad social en condiciones de igualdad con los nacionales del país de destino o tránsito.

Los principales instrumentos de la OIT en esta materia incluyen:

El Convenio 97 adoptado en 1949[183], establece que los Estados que lo ratifiquen deben otorgar a las personas trabajadoras migrantes admitidas legalmente en su territorio un trato que no sea menos favorable que el que reciben su propia ciudadanía. La protección comprende las condiciones laborales, la seguridad social y el acceso a vivienda, con la finalidad de promover la igualdad de derechos y oportunidades. En ese sentido, el convenio subraya la importancia de evitar cualquier forma de discriminación en el acceso a beneficios y fomenta la cooperación entre los países para regular de manera efectiva la migración laboral.

[183] CONVENIO SOBRE LOS TRABAJADORES MIGRANTES (REVISADO), 1949 (núm. 97). Disponible en: https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:51:0::NO:51:P51_CONTENT_REPOSITORY_ID:2533628:NO

Por su parte, el Convenio 143 adoptado en 1975[184] y la Recomendación 151 amplían la regulación de la migración laboral al abordar tanto la migración irregular como la explotación de las personas trabajadoras migrantes con el objetivo de fortalecer su protección y prevenir condiciones laborales abusivas. Establece que, independientemente de su estatus migratorio, deben respetarse sus derechos fundamentales, incluidos los relacionados con la seguridad social. Su Artículo 9 garantiza que los trabajadores migrantes y sus familias conserven los derechos adquiridos en empleos anteriores, evitando la pérdida de salarios, beneficios de seguridad social y otras prestaciones, aun cuando su permanencia en el país no sea regular. Además, el Artículo 10 obliga a los Estados que ratifiquen el convenio a desarrollar políticas nacionales que promuevan la igualdad de oportunidades y trato, asegurando el acceso equitativo al empleo, la seguridad social, los derechos sindicales y las libertades individuales y colectivas para quienes residan legalmente en el país.

A su vez, la Recomendación núm. 202[185], adoptada en 2012 cuyo objetivo consiste en establecer las directrices para que los países implementen pisos de protección social. Los pisos comprenden un conjunto de garantías básicas de seguridad social definidas a nivel nacional para prevenir o mitigar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social. Su alcance incluye a toda la población, sin distinción de su situación laboral o nivel de ingresos, y busca consolidar un acceso equitativo a servicios y prestaciones esenciales. La Recomendación se orienta a extender la seguridad social a todas las personas. Su contenido promueve la universalidad de la protección fundamentada en el principio de solidaridad social, con el objetivo de garantizar que todas las personas independientemente, de su nacionalidad, etnia, religión o género, dispongan de prestaciones adecuadas y predecibles. La cobertura deberá incluir riesgos asociados a enfermedades, desempleo, vejez y accidentes laborales, y; en esta dirección, que los sistemas de protección respondan eficazmente a las necesidades de la población.

[184] C143 - Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143). Disponible en: https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::p12100_instrument_id:312288

[185] R202 - Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012 (núm. 202). Disponible en: https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3065524

III. Acuerdos multilaterales y bilaterales para las personas trabajadoras migrantes y su efectividad.

En la práctica, los acuerdos multilaterales y bilaterales han sido básicos para reconocer la portabilidad de los derechos adquiridos. Aunque existen convenios y tratados internacionales diseñados para proteger los derechos de los migrantes, la mera implementación de estos acuerdos no garantiza una protección efectiva. Esta sección presenta al inicio los convenios regionales y bilaterales[186] para las personas trabajadoras migrantes y con la información disponible sobre los acuerdos, se identificarán las brechas existentes entre las disposiciones legales y la efectividad en su implementación.

a. Convenios Regionales de Seguridad Social

a.1 Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social es un instrumento internacional que busca proteger los derechos de las personas trabajadoras migrantes y sus familias en el ámbito de las prestaciones económicas de seguridad social. El convenio coordina las legislaciones nacionales en materia de pensiones para que las personas trabajadoras migrantes puedan disfrutar de los beneficios generados de su trabajo en los países receptores. Actualmente, 15 países (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela) han suscrito el Convenio Multilateral, en 9 de ellos (Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Portugal y Uruguay) se encuentra en plena vigencia.

El convenio tiene como finalidad coordinar los sistemas de seguridad social entre los países iberoamericanos, en virtud de que protege a las personas trabajadoras migrantes y sus familias. De igual forma, el convenio se aplica a quienes estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o más Estados Parte, así como a sus familiares y beneficiarios; cubre prestaciones económicas por invalidez, vejez, supervivencia, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, excluyendo expresamente las prestaciones médicas.

Asimismo, el convenio afianza la igualdad de trato para que todas las personas reciban los mismos derechos y obligaciones que la ciudadanía del país en cuestión. En cuanto

[186] Fernández Pastor, C., Marasco, N.I., et al. (2010). *Migración y seguridad social en América*. México: Centro de Investigación y Estudios de Seguridad Social (CIESS).

a la legislación aplicable, el convenio estipula que quienes trabajen por cuenta propia o ajena estarán sujetos a la normativa del Estado donde desarrollan su actividad, sin importar su lugar de residencia o el domicilio de su empleador.

El convenio permite la totalización de períodos de seguro, es decir, se suman los períodos cotizados en distintos Estados Parte para cumplir los requisitos para obtener prestaciones. Si una persona cumple con los requisitos sin necesidad de totalizar, el Estado correspondiente otorgará la prestación solo con base en sus propios períodos de cotización.

Además, el convenio salvaguarda la exportación de prestaciones, lo que significa que los pagos no se verán afectados si el beneficiario reside en un país distinto al que otorga la prestación. En conjunto, el convenio persigue la continuidad de los derechos previsionales en los desplazamientos dentro del espacio iberoamericano.

En la práctica, en España, con información del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, la población que cotiza a la seguridad social en promedio mensual durante los meses de enero a septiembre de 2024 fue de 80 mil personas; al revisarlo según país de origen, población de Colombia (168 mil), Venezuela (130 mil) y Perú (63 mil) muestran promedios más elevados.[187]

a.2 Declaración Sociolaboral del MERCOSUR

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) de 1997, integrado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, ha desarrollado una serie de normativas orientadas a proteger los derechos de las personas trabajadoras migrantes en materia de seguridad social. Los objetivos de las regulaciones consisten en garantizar la igualdad de trato y la protección social de quienes ejercen actividades laborales en cualquiera de los Estados Parte.

La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR[188] establece los derechos y principios básicos que deben tutelar las relaciones laborales en los países miembros. Asimismo, el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del MERCOSUR[189] adoptado en 1997, el cual tiene como objetivo coordinar los sistemas de seguridad social de los

[187] Para mayor detalle de población migrante que cotiza a la seguridad social en España por país de origen de Iberoamérica véase tabla 6 en la sección de Anexos.
[188] Declaración Sociolaboral del MERCOSUR. Disponible en: https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreunionanexos/58000_ATTB27UU.pdf
[189] Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del MERCOSUR. Disponible en: https://www.mercosur.int/ciudadania/estatuto-ciudadania-mercosur/5-seguridad-social/

Estados Parte para salvaguardar la continuidad de los derechos adquiridos y facilitar la movilidad laboral en la región. En esta dirección, el Acuerdo establece que los períodos de cotización o seguro cumplidos en diferentes Estados Parte se deben sumar para determinar el derecho a prestaciones por vejez, invalidez o sobrevivencia; y con ello, refrendar que las personas trabajadoras no pierdan sus derechos al trasladarse entre los países miembros.

En 2002, se suscribió el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Parte del MERCOSUR, Bolivia y Chile[190]. Este instrumento busca solucionar la situación migratoria de los nacionales de los Estados Parte y Asociados en la región a fin de fortalecer los lazos que unen a la comunidad regional.

El Acuerdo entre sus disposiciones establece que, los nacionales de un Estado Parte pueden obtener residencia temporal de hasta dos años en otro Estado Parte, con posibilidad de acceder a la residencia permanente. Además, el instrumento dispone que las personas residentes tienen derecho a trabajar y acceder a los mismos beneficios de seguridad social que la ciudadanía del país receptor para mantener el principio de igualdad de trato en materia de protección social.

Para reforzar el cumplimiento de estas normativas, el MERCOSUR ha establecido mecanismos de seguimiento, como la Comisión Sociolaboral, encargada de monitorear la aplicación de la Declaración Sociolaboral; favorecer el diálogo social entre gobiernos, personas empleadoras y trabajadoras para abordar los principales desafíos en la región.

Los países miembros del MERCOSUR han establecido múltiples convenios bilaterales con terceros países, principalmente para asegurar la protección social de los trabajadores migrantes y facilitar el reconocimiento mutuo de cotizaciones. Por ejemplo, Argentina tiene acuerdos vigentes con países como Chile, España, Colombia, Portugal, Grecia e Italia, que contemplan desde la cobertura para trabajadores desplazados hasta la coordinación y totalización de aportes previsionales. Brasil mantiene convenios similares con países europeos y latinoamericanos, destacándose por acuerdos con Luxemburgo, Cabo Verde, y Chile. Paraguay y Uruguay también han

[190] Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Parte del MERCOSUR, Bolivia y Chile https://www.mercosur.int/documento/acuerdo-residencia-nacionales-estados-partes-mercosur-bolivia-chile/

formalizado tratados que permiten la coordinación en pensiones y el reconocimiento de derechos previsionales adquiridos en el extranjero (ver anexo).[191]

a.3 Decisión 583 de la Comunidad Andina (CAN)

La Decisión 583 de la Comunidad Andina (CAN)[192] es el Instrumento Andino de Seguridad Social, adoptado el 7 de mayo de 2004 en Guayaquil, Ecuador. Su objetivo consiste en garantizar la protección social de los trabajadores migrantes y sus personas beneficiarias dentro de los países miembros de la CAN (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú); así como, preservar el derecho a percibir prestaciones de seguridad social y conservar sus derechos adquiridos en la totalización de los períodos de seguro.

Los Países Miembros deben mantener su plena libertad para establecer sus propias políticas nacionales en materia de seguridad social aplicables a las personas migrantes de terceros países, en congruencia con el principio de reciprocidad establecido en el Instrumento Andino de Migración Laboral[193]. El instrumento dispone que además de reconocer a las personas migrantes sus derechos laborales, el trato será el mismo que a los nacionales de esos países; fomentar el empleo digno, mejorar y racionalizar la inversión por concepto de prestaciones sanitarias, procurar el buen uso de servicios, mejorar la institucionalidad, la administración del sistema y un sistema de pensiones confiable y seguro. El instrumento establece mecanismos para la portabilidad de derechos, es decir, que los aportes realizados en diferentes países puedan ser acumulados para la obtención de beneficios futuros.

En este marco, los países miembros han suscrito convenios para dar continuidad de derechos en la materia a las personas migrantes. Colombia lidera varios acuerdos con Chile, España y Uruguay para coordinar pensiones y beneficios sociales. Ecuador ha establecido relaciones similares con Cuba y España, incluyendo un acuerdo adicional complementario con este último. Perú, por su parte, tiene tratados vigentes

[191] De acuerdo con el Foro de Especializado Migratorio del Mercosur y Estados Asociados (FEM) de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), durante 2009 a 2022 se han otorgado 3.8 millones de residencias, temporales y permanentes bajo el Acuerdo. Para mayor detalle véase tabla 1 en Anexos.

[192] DECISION 583, Sustitución de la Decisión 546, Instrumento Andino de Seguridad Social, emitido el 7 de mayo de 2004, Guayaquil, Ecuador. Disponible en: https://www.sela.org/publicaciones/decision-583-instrumento-andino-de-seguridad-social/

[193] Instrumento Andino de Migración Laboral, Decisión 545, junio de 2003, Quirama, Antioquia, Colombia. Disponible en: https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/DocOf/DEC545.pdf

con Chile y España que permiten el reconocimiento mutuo de aportes para facilitar el acceso a pensiones.

a.4 Acuerdo de Seguridad Social de la Comunidad del Caribe (CARICOM)

En la Comunidad del Caribe (CARICOM), integrada por Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, Montserrat, Santa Lucía, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Surinam y Trinidad y Tobago, destacan el Tratado de Chaguaramas[194] y el Acuerdo de Seguridad Social de la CARICOM. Este último fue firmado en 1996 y entró en vigor en 1997, con el objetivo principal de permitir la totalización de los períodos de contribución realizados en distintos países miembros para que las personas trabajadoras migrantes puedan acceder a prestaciones como pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia.

El acuerdo promueve la igualdad de trato y la portabilidad de beneficios entre los Estados miembros. No obstante, la implementación del instrumento ha sido compleja debido a diferencias en los regímenes de seguridad social de cada país y a la baja tasa de migración intrarregional. A pesar de los esfuerzos por armonizar la legislación en materia de seguridad social, la cobertura del acuerdo no ha alcanzado su máximo potencial. Factores como el desempleo, la informalidad laboral y el retorno anticipado de personas trabajadoras a sus países de origen han dificultado la validación de los derechos adquiridos en distintos Estados miembros debido a que la migración dentro de CARICOM es significativamente menor que hacia Estados Unidos y Canadá[195].

Sin embargo, los países del Caribe agrupados en CARICOM han desarrollado una red de acuerdos principalmente con Canadá y Quebec para asegurar la portabilidad de beneficios y la igualdad de trato a personas trabajadoras migrantes. Los convenios permiten el reconocimiento recíproco de aportes, el acceso proporcional a prestaciones y la transferencia de derechos previsionales. Prácticamente todos los países miembros, como Antigua y Barbuda, Barbados, Dominica, Jamaica, Santa Lucía y Trinidad y

[194] Tratado de Chaguaramas revisado por el que se establece la Comunidad del Caribe con inclusión del mercado único y la economía de la CARICOM. Disponible en: https://caricom.org/documents/11109-treaty_caricom_2-spanish.pdf

[195] Análisis de convenios bilaterales y multilaterales de seguridad social en materia de pensiones, Departamento de inclusión social de la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral de la OEA y la Secretaría General de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social, México, 2015, p.29.

Tobago, cuentan con tratados vigentes para la protección social transnacional en la región (ver anexo).

a.5 Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)

En Centroamérica, la integración regional se articula a través del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)[196]. Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua han sumado esfuerzos por este proceso desde sus inicios, mientras que Panamá se ha incorporado en etapas más recientes.

Uno de los principales avances en materia de movilidad regional es el Convenio Centroamericano de Libre Movilidad (CA-4)[197], vigente desde 1993. Este acuerdo presidencial, firmado por los mandatarios de El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, tiene como objetivo permitir el tránsito intrarregional de los nacionales de los países signatarios sin necesidad de presentar pasaporte, utilizando en su lugar documentos migratorios de trámite ágil, como la cédula de identidad o el carné de residencia. Desde 2006, el CA-4 si bien, no contempla la portabilidad de derechos de seguridad social, su aplicación práctica ha contribuido al movimiento intrarregional de personas, tanto nacionales como residentes.

Los países del SICA han promovido la cooperación con naciones de América Latina y Europa en materia de seguridad social. Guatemala, Belice, Costa Rica, Nicaragua y Panamá han establecido convenios con México, Ecuador, España, Colombia y la República Dominicana. Dichos instrumentos tienen como fin principal, generar alianzas para el reconocimiento de períodos de cotización, la coordinación de sistemas de pensiones, el acceso a prestaciones acumuladas y la cobertura por vejez, invalidez y sobrevivencia (ver anexo).

b. Convenios Bilaterales de Seguridad Social

Los acuerdos bilaterales de seguridad social tienen como objetivo principal la protección de los derechos de las personas trabajadoras migrantes mediante la portabilidad de sus derechos adquiridos, especialmente en materia de pensiones. Los convenios conceden la totalización de períodos de contribución en distintos países para que las personas trabajadoras migrantes tengan acceso a prestaciones como jubilación, invalidez y sobrevivencia. Entre los países con mayor cantidad de acuerdos destacan

[196] Sistema de la Integración Centroamericana (SICA). Disponible en: https://www.sica.int/

[197] Convenio Centroamericano de Libre Movilidad (CA-4). Disponible en: https://reddhmigrantes.wordpress.com/wp-content/uploads/2014/06/acuerdo-regional-ca4.pdf

Canadá, Uruguay, España, Chile y Argentina, representando el 86% de los acuerdos vigentes. La mayoría de estos convenios han sido firmados desde la década de 1970, con dos períodos de mayor actividad: entre 1970-1980 y 1986-2005[198].

En el contexto de una creciente movilidad laboral internacional, los acuerdos bilaterales de migración laboral se han convertido en mecanismos para gestionar de manera ordenada, segura y con enfoque de derechos los flujos migratorios entre países (véase el Anexo).

c. Acceso a Seguridad Social de Población Migrante

Los convenios multilaterales y bilaterales de seguridad social regulan aspectos comunes orientados a la protección de los derechos previsionales de las personas trabajadoras migrantes.

Entre los puntos en común de estos acuerdos se destacan:

- el principio de igualdad de trato, presente en todos los convenios, que asegura a la población migrante los mismos derechos y obligaciones que a los nacionales del Estado en el que se encuentren, sin discriminación por nacionalidad o estatus migratorio.
- la totalización de períodos de cotización, lo que permite a las personas trabajadoras acumular aportes realizados en diferentes países y cumplir los requisitos de acceso a pensiones u otras prestaciones económicas.
- La coordinación de regímenes previsionales, especialmente en lo relativo a prestaciones por invalidez, vejez, sobrevivencia y, en muchos casos, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, aunque generalmente se excluyen las prestaciones médicas. El objetivo común es proteger a las personas en situaciones de vulnerabilidad derivadas del ciclo laboral.
- la exportación de prestaciones, mismas que permiten a las personas beneficiarias continuar recibiendo sus pensiones cuando cambian de residencia a otro Estado Parte y de esta manera, asegurar la portabilidad de los derechos adquiridos y evita interrupciones en el acceso a los beneficios.

Respecto a su implementación, no se dispone de cifras concretas que reflejen su efectiva aplicación en los países firmantes. Esto sugiere que, a pesar del marco legal internacional existente, falta una articulación eficiente en la mayoría de los países de

[198] Análisis de convenios bilaterales y multilaterales de seguridad social en materia de pensiones, op. Cit. p.21

la región para garantizar el acceso real a los derechos de seguridad social por parte de la población migrante. Además, las estadísticas relacionadas con estos procesos no son generadas por los propios convenios o tratados, sino por las instituciones nacionales responsables de registros administrativos y encuestas generales.

IV. Haciendo realidad los compromisos

La movilidad es una condición inherente a la naturaleza humana e implica el movimiento de millones de personas en búsqueda de mejores condiciones de vida, de integración y de pertenencia. En este proceso, enmarcado por desafíos y obstáculos, se subraya la importancia de garantizar y hacer efectivos los derechos humanos de los migrantes, en especial el relacionado con su seguridad social.

Los instrumentos jurídicos se erigen como una herramienta esencial para abordar las complejas realidades que enfrentan los migrantes. Lejos de ser un conjunto rígido de normas, el derecho deber ser una herramienta dinámica que responda a los profundos cambios sociales, económicos y políticos que genera la migración. Estas transformaciones impulsan la necesidad de marcos normativos adaptables, capaces de comprender y atender las complejidades del fenómeno migratorio. En este contexto, la regulación de la seguridad social también debe evolucionar, adecuándose para garantizar la inclusión y protección efectiva de las personas migrantes.

La comunidad internacional ha realizado importantes esfuerzos para reconocer y garantizar los derechos de las personas migrantes, concretados en tratados, pactos y convenios internacionales que buscan establecer estándares comunes de protección. Sin embargo, la eficacia de estos instrumentos depende en gran medida de la voluntad política y de las capacidades institucionales de los Estados. En muchos casos, estas condiciones internas representan un obstáculo significativo para la implementación efectiva de los compromisos asumidos, lo que impide que los derechos reconocidos en el plano internacional se traduzcan en garantías reales para las personas migrantes en los países de acogida.

En América Latina, los sistemas de protección social han sido estructurados históricamente en función de la condición laboral de los individuos, lo que ha generado profundas brechas de cobertura. Esta lógica ha dejado por fuera a grandes sectores de la población que trabajan en la informalidad, sin acceso a los mecanismos institucionales de protección. Esta exclusión afecta de manera aún más significativa a

las personas migrantes, especialmente a quienes se encuentran en situación irregular, quienes enfrentan barreras estructurales para integrarse a los sistemas de salud, pensiones y otros servicios sociales esenciales.

Cada país cuenta con un marco normativo que define las condiciones de acceso a su sistema de protección, lo que suele excluir a personas migrantes en situación irregular o con permisos temporales de trabajo. Aunque 25 existen acuerdos bilaterales y multilaterales que buscan asegurar la continuidad de beneficios, su alcance es limitado. La falta de armonización entre las legislaciones nacionales y estos acuerdos genera incertidumbre, y en muchos casos, la pérdida de derechos adquiridos o cotizaciones acumuladas en distintos países.

La migración, presente a lo largo de la historia de la humanidad como una expresión de búsqueda de mejores condiciones de vida o como única alternativa para garantizar la supervivencia frente a desastres y fenómenos naturales, conflictos armados, violencia generalizada y crisis económicas, obligan a los Estados a replantear sus enfoques, adaptando sus políticas públicas, marcos normativos y sistemas de protección social para atender de forma adecuada a las personas migrantes y responder a los desafíos que plantea la movilidad humana.

No basta con declarar la intención de proteger a las personas migrantes; es necesario implementar políticas migratorias planificadas y bien gestionadas que permitan su integración real, como los procesos de regularización adoptados recientemente por países como Colombia. Estos instrumentos allanan el camino para garantizar los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales de las personas migrantes, incluido el acceso a la seguridad social.

Pero no basta con la declaración y reconocimiento de los derechos de los migrantes mediante la solución de su estatus en el país de acogida, sino que se requiere la confluencia de acciones en diferentes ámbitos que incluya el acceso a vivienda, el aprendizaje del idioma, la capacitación laboral y la inclusión cultural para una efectiva integración. De este modo, el derecho a la seguridad social del migrante no se construye únicamente a través de la afiliación a una institución, sino como resultado de la combinación de políticas públicas coordinadas. Mientras persistan los factores de exclusión, como el estigma, la discriminación, la informalidad, la xenofobia y la agorafobia, cualquier esfuerzo institucional será insuficiente.

La percepción de amenaza que algunos sectores de las poblaciones nativas tienen sobre los migrantes suele estar alimentada por temores relacionados con la pobreza,

por los posibles impactos en la economía, la cultura y la seguridad. Esto se puede mitigar si se establecen campañas de comunicación sobre los beneficios que aportan al país receptor en términos culturales y como agentes productivos que fortalecen los sistemas sociales, siempre que se les garantice igualdad de acceso a las instituciones y servicios que reciben los ciudadanos nacionales.

Asimismo, la responsabilidad de proteger a las personas migrantes no recae únicamente en los países receptores. Los Estados de origen también tienen un compromiso ético y político con su población en el exterior. La protección de los migrantes debe entenderse como una responsabilidad compartida entre Estados, y más aún, como un deber colectivo de la comunidad internacional. Frente a fenómenos migratorios causados por situaciones extremas, como desastres o guerras, la indiferencia no es una opción. Al igual que cuando ocurre una tragedia natural y la humanidad reacciona con solidaridad, el enfoque ante la migración debe estar basado en la cooperación global.

Las barreras institucionales y administrativas que impiden la migración regular terminan generando mayores desafíos para los propios Estados. La migración irregular no solo escapa a los sistemas de control, sino que también deja a millones de personas fuera de los canales institucionales de protección. Esta realidad, de dimensiones universales, desborda las capacidades de los gobiernos cuando no existen políticas claras, incluyentes y sostenibles. Levantar las barreras que impiden la movilidad ordenada, segura y regular y proteger la dignidad humana en contextos de desplazamiento es una tarea que debe ser asumida con compromiso, voluntad política 26 y visión de futuro.

La seguridad social, como derecho humano, debe trascender fronteras. La cooperación internacional puede facilitar la inclusión de personas trabajadoras migrantes, independientemente de su estatus migratorio, y contribuir a la construcción de sociedades más equitativas y solidarias. La firma y ratificación de acuerdos multilaterales y bilaterales son necesarios para garantizar la portabilidad de derechos y evitar situaciones de desprotección, pero no son suficientes.

La realidad de la migración se impone como un fenómeno global que trasciende fronteras. Frente a ello, la acción hacia las personas migrantes debe sustentarse tanto en el reconocimiento de su derecho humano a la protección como en el principio de solidaridad que forma parte de la esencia humana. Solo mediante este enfoque es posible garantizar que todas las personas, sin importar su nacionalidad o situación

migratoria, accedan a los derechos que les corresponden a través de políticas integrales que permitan su integración en los diferentes ámbitos de la condición humana.

ANEXO

Tabla 1. Residencias temporarias y permanentes concedidas en el marco del acuerdo de residencia del MERCOSUR por país, período 2009-2022

Año/País	Argentina	Bolivia	Brasil	Chile	Paraguay	Perú	Uruguay	Total por año
2009	195,208	-	5,975	2,442	1,125	-	2,653	207,403
2010	165,261	-	6,648	8,117	6,521	-	1,462	188,009
2011	243,724	4,142	21,294	14,744	3,396	10	772	288,082
2012	276,541	14,864	31,584	22,442	3,574	763	1,236	351,004
2013	260,704	11,822	37,562	35,629	2,429	4,028	980	353,154
2014	179,923	18,551	32,966	39,625	3,683	6,160	1,738	282,646
2015	239,995	12,936	25,623	37,774	5,415	8,767	7,396	337,906
2016	196,104	11,838	23,139	28,985	8,125	10,090	8,938	287,219
2017	195,712	2,871	13,696	65,111	11,458	4,229	9,086	302,163
2018	206,937	12,275	10,190	78,363	12,589	12,830	7,376	340,560
2019	149,030	-	18,095	36,463	6,617	14,020	11,069	235,294
2020	81,434	-	8,148	23,455	9,896	6,472	8,915	138,320
2021	190,194	-	24,704	11,814	9,264	9,986	13,395	259,357
2022	150,821	-	31,624	10,011		13,170	14,701	220,327
Total periodo	2,731,588	89,299	291,248	414,975	84,092	90,525	89,717	3,791,444

Tabla 2. Personas migrantes que cotizan a la seguridad social en España según nacionalidad, 2024 (mensual)

País	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septi
Argentina	44, 870	45, 597	47, 931	49,854	51,607	53,068	53,406	53,002	53,
Bolivia	25,843	25,879	26,152	26,631	27,040	27,375	27,583	27,209	27,
Colombia	144,718	148,774	156,232	163,230	170,148	177,047	181,970	183,059	186
Ecuador	50,319	50,529	51,505	52,796	53,934	54,780	55,209	54,631	55,
Perú	55,721	56,631	58,855	61,145	63,507	66,320	68,783	69,220	70,
Portugal	52,632	52,850	53,663	54,424	55,232	55,873	55,947	55,619	56,
Venezuela	118,640	118,879	122,237	125,837	129,578	133,894	137,003	137,318	140

Convenios Bilaterales de Seguridad Social

Tabla 3. MERCOSUR

País miembro	País tercero	Fecha de firma	Vigencia	Características principales

Argentina	Chile	01/06/1972 (mod. 2009)	Vigente desde 01/01/2010	Cobertura para el desplazamiento de personas trabajadoras.
Argentina	España	28/01/1997	Vigente desde 01/12/2004	Protege a trabajadores migrantes en ambos países.
Argentina	Colombia	14/04/2008	No especificado	Aplicación bilateral en pensiones.
Argentina	Portugal	20/05/1966	Vigente desde 27/10/1967	Coordinación de prestaciones previsionales.
Argentina	Grecia		Vigente desde 01/05/1988	Prorrata de cotizaciones.
Argentina	Italia		Vigente desde 01/01/1984	Coordinación de derechos previsionales.
Argentina	México	08/10/1990	Vigente	Solo contempla pago de prestaciones, sin totalización de períodos.
Brasil	Luxemburgo	16/09/1965	Vigente desde 01/08/1967	Coordinación en seguridad social.
Brasil	Italia	30/01/1974	Vigente desde 05/08/1977	Convenio de pensiones.
Brasil	Cabo Verde		Vigente desde 07/02/1979	Convenio general de seguridad social.
Brasil	Grecia	12/09/1984	Vigente desde 01/07/1990	Coordinación previsional.
Brasil	Portugal	07/05/1991	Vigente desde 25/03/1995	Coordinación bilateral.
Brasil	España	16/05/1991	Vigente desde 01/12/1995	Cobertura para personas migrantes.
Brasil	Chile	16/10/1993	Vigente desde 01/03/1996	Coordinación de pensiones y cotizaciones.
Paraguay	España	24/06/1998	Vigente desde 01/03/2006	Reconocimiento de cotizaciones y derechos previsionales.
Uruguay	Canadá		Vigente desde 01/01/2002	Reconocimiento mutuo de aportes.
Uruguay	Colombia	17/02/1998	Vigente desde 01/10/2005	Coordinación en pensiones.
Uruguay	Chile	01/08/1997	Vigente desde 01/01/2000	Totalización de aportes para seguridad social.

Tabla 4. Comunidad Andina (Decisión 583)

País miembro	País tercero	Fecha de firma	Estado/Vigencia	Características principales

Colombia	Chile	09/09/2003	Pendiente de sanción presidencial	Cobertura bilateral en pensiones.
Colombia	España	05/09/2005	En trámite legislativo	Regula pensiones y seguridad social para migrantes.
Colombia	Uruguay	17/02/1998	Vigente desde 2004	Coordinación de prestaciones sociales.
Ecuador	Cuba	12/05/1992	Vigente desde misma fecha	Reconocimiento de periodos de cotización.
Ecuador	España	01/04/1960	Vigente desde 01/11/1962	Convenio general sobre seguridad social.
Ecuador	España (Adicional)	08/05/1974	Vigente desde 01/07/1975	Complemento al convenio anterior.
Perú	Chile	23/08/2002	Vigente desde 01/03/2004	Reconocimiento mutuo de aportes.
Perú	España	16/03/2003	Vigente desde 05/02/2005	Facilita el acceso a pensiones en ambos países.

Tabla 5. CARICOM

País	País Contratante	Fecha de Firma	Fecha de Vigencia	Características Principales
Antigua y Barbuda	Canadá	02/09/1992	01/01/1994	Coordinación de prestaciones de seguridad social.
Bahamas	Canadá	02/09/1992	01/01/1994	Igualdad de trato y portabilidad de beneficios.
Barbados	Canadá	11/02/1985	01/01/1986	Reconocimiento recíproco de aportes.
Barbados	Quebec	27/11/1985	01/01/1986	Aplicación regional específica.
Dominica	Canadá	14/01/1988	01/01/1989	Prestaciones por vejez, invalidez y sobrevivencia.
Dominica	Quebec	14/06/1988	01/01/1989	Aplicación regional específica.
Granada	Canadá	08/01/1998	01/02/1999	Transferencia de derechos adquiridos.
Jamaica	Canadá	10/01/1983	01/01/1984	Protección por contingencias sociales.
Jamaica	Quebec	21/06/1988	01/01/1989	Acceso proporcional a prestaciones.
San Cristóbal y Nieves	Canadá	17/08/1992	01/01/1994	Reconocimiento de períodos cotizados.
Santa Lucía	Canadá	05/01/1987	01/01/1988	Cobertura bilateral de seguridad social.
Santa Lucía	Quebec	16/09/1987	01/01/1988	Reconocimiento recíproco de derechos.

San Vicente y las Granadinas	Canadá	06/01/1998	01/11/1998	Acumulación de derechos previsionales.
Trinidad y Tobago	Canadá	09/04/1997	01/07/1999	Igualdad de trato en materia de seguridad social.

Tabla 6. SICA

País	País Contratante	Fecha de Firma	Fecha de Vigencia	Características Principales
Guatemala	Ecuador	04/05/2003	14/06/2004	Reconocimiento de aportes y prestaciones previsionales.
Guatemala	México	17/07/1990	07/12/1990	Coordinación de regímenes de seguridad social para personas migrantes.
Belice	Gran Bretaña	29/09/1981	22/03/1992	Reconocimiento recíproco de derechos adquiridos en seguridad social.
Belice	México	13/04/1987	13/05/1987	Acceso a prestaciones mediante totalización de períodos de cotización.
Costa Rica	España	15/04/1966	28/07/1967	Cobertura de vejez, invalidez y sobrevivencia.
Costa Rica	España (2.º acuerdo)	11/01/1986	05/04/1986	Prestaciones complementarias previsionales.
Costa Rica	Colombia	20/11/1978	22/02/1990	Coordinación de sistemas de pensiones y transferencia de derechos.
Nicaragua	España	25/03/1966	29/04/1967	Prestaciones contributivas reconocidas bilateralmente.
Panamá	España	08/03/1978	28/03/1980	Intercambio de información y reconocimiento de beneficios por contingencias comunes.
Panamá	República Dominicana	16/11/1972	16/12/1972	Acceso a prestaciones acumuladas en ambos países mediante reconocimiento de períodos.

Bibliografía

Álvarez de Flores, Raquel. 2004. La dinámica migratoria colombo-venezolana: evolución y perspectiva actual. Geoenseñanza. Vol. 9-2004 (2) Julio - diciembre. p.191-202. Disponible en: https://www.redalyc.org/pdf/360/36090205.pdf

Argentieri, Constanza. 2023. Seguridad Social para las personas migrantes en Iberoamérica. 2023. Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS). Disponible en: https://oiss.org/wp-content/uploads/2024/05/Migracio%CC%81n-y-seguridad-social.OIM_.OISS_._compressed.pdf

Bengochea Julieta y Adela Pellegrino. 2023. Etapas de la migración internacional e intrarregional en América Latina y el Caribe. Notas de Población N° 116 • enero-junio. Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

Clement, Viviane, Kanta Kumari Rigaud, Alex de Sherbinin, Bryan Jones, Susana Adamo, Jacob Schewe, Nian Sadiq y Elham Shabahat. 2021. Groundswell Parte 2: Actuar frente a la migración interna provocada por impactos climáticos, Washington, DC, Banco Mundial. Disponible en: https://reliefweb.int/report/world/groundswell-parte-ii-actuar-frente-la-migraci-n-interna-provocada-por-impactos-clim

Casillas, Rodolfo. 2023. Cambio climático y asentamientos de migrantes del norte de Centroamérica en México: vulnerabilidades y riesgos. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Notas de Población N° 116. enero-junio de 2023. Págs. 195-222. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/entities/publication/779cff4a-9042-47b0-a9d9-9aaf44376059

Consejo Nacional de Población e Iniciativa de Salud de las Américas-Escuela de Salud Pública-Universidad de California. 2018. Migración y Salud Reflexiones y retos sobre la salud de la población migrante. Secretaría de Gobernación/Consejo Nacional de Población (CONAPO). Iniciativa de Salud de las Américas, Escuela de Salud Pública, Universidad de California, Berkeley. Disponible en: http://www.omi.gob.mx/work/models/OMI/Resource/2575/Migracion_y_Salud_Reflexiones_y_retos_sobre_la_salud_de_la_poblacion_migrante.pdf

Consejo Nacional de Población, Fundación BBVA y BBVA Research. 2024. Anuario de Migración y Remesas México 2024. Conapo-Fundación BBVA-BBVA Research. México. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/979526/Anuario_Migracion_y_Remesas_2024.pdf

Funcas. 2024. La población extranjera en situación irregular en España: una estimación. Notas de coyuntura social. Dirección de estudios sociales. Disponible en: https://www.funcas.es/wp-content/uploads/2024/05/2405-NCS.pdf

Guillén, Tonatiuh. 2024. Aumenta migración de mexicanos en familia a EUA. Boletín. Boletín UNAM-DGCS-454. Publicado el 15 de junio. Disponible en: https://www.dgcs.unam.mx/boletin/bdboletin/2024_454.html

Giorguli-Saucedo, Silvia E., Víctor M. García-Guerrero, Claudia Masferrer. 2018. Dinámica demográfica y políticas migratorias en América del Norte y el Triángulo Norte de Centroamérica. Disponible en: https://cedua.colmex.mx/archivos/QWN0aW9uVGV4dDo6UmljaFRleHQKIDE1OQplbWJlZHM=/amsitm-policy-paper_es.pdf

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). 2021. La movilidad humana derivada de desastres y el cambio climático en Centroamérica. OIM, Ginebra. Disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/PAIM-SICA.pdf

Santi, Silvana y Clavijo Janneth. 2020. La configuración de las políticas de migración circular en Sudamérica. Los acuerdos de regulación laboral de España con Colombia y Ecuador. *Desafíos*, *32*(2), 29-66. Epub November 01, 2021.https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/desafios/a.6849

Riaño Barón, Gina Magnolia. 2024, noviembre 7. Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. Diplomado sobre Seguridad Social. Master Class.

Fuentes estadísticas

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. 2024. Disponible en: https://www.acnur.org/mx/datos-basicos

Department of Economic and Social Affairs, Population Division. 2024. International Migrant Stock 2024. Disponible en: https://www.un.org/development/desa/pd/content/international-migrant-stock

Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Disponible en: https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Pensionistas/Pensiones

Movimientos Migratorios Recientes en América del Sur. Informe Anual. 2023. Foro de Especializado Migratorio del Mercosur y Estados Asociados (FEM). Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/pub2023-128-r-movimientos-migratorios-recientes.pdf

Fuentes jurídicas

Análisis de convenios bilaterales y multilaterales de seguridad social en materia de pensiones. (2015). Departamento de Inclusión Social de la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral de la OEA y la Secretaría General de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social. https://www.oas.org/es/sedi/desarrollo_social/docs/analisis-convenios-bilaterales-y-multilaterales.pdf

Cançado Trindade, A. A. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Naciones Unidas. https://legal.un.org/avl//pdf/ha/udhr/udhr_s.pdf

Comunidad Andina. (2003). *Instrumento Andino de Migración Laboral, Decisión 545*. https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/DocOf/DEC545.pdf

Comunidad Andina. (2004). *Decisión 583. Sustitución de la Decisión 546. Instrumento Andino de Seguridad Social*. https://www.sela.org/publicaciones/decision-583-instrumento-andino-de-seguridad-social/

Convenio Centroamericano de Libre Movilidad (CA-4). https://reddhmigrantes.wordpress.com/wp-content/uploads/2014/06/acuerdo-regional-ca4.pdf

C143 - Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143). Organización Internacional del Trabajo. https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::p12100_instrument_id:312288

CONVENIO sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97). Organización Internacional del Trabajo. https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:51:0::NO:51:P51_CONTENT_REPOSITORY_ID:2533628:NO

Declaración Sociolaboral del MERCOSUR. (s.f.). https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreunionanexos/58000_ATTB27UU.pdf

MERCOSUR. *Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del MERCOSUR*. https://www.mercosur.int/ciudadania/estatuto-ciudadania-mercosur/5-seguridad-social/

MERCOSUR. *Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Parte del MERCOSUR, Bolivia y Chile*. https://www.mercosur.int/documento/acuerdo-residencia-nacionales-estados-partes-mercosur-bolivia-chile/

Organización Internacional del Trabajo. (1975). *R151 - Recomendación sobre los trabajadores migrantes (núm. 151)*. https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=1000:12100::::12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312489

Organización Internacional del Trabajo. (2012). *R202 - Recomendación sobre los pisos de protección social (núm. 202)*. https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3065524

Sistema de la Integración Centroamericana (SICA). https://www.sica.int/

Tratado de Chaguaramas revisado por el que se establece la Comunidad del Caribe con inclusión del mercado único y la economía de la CARICOM. (s.f.). Comunidad del Caribe (CARICOM). https://caricom.org/documents/11109-treaty_caricom_2-spanish.pdf

MIGRACIONES: ANALISIS SOCIO ECONOMICO Y POLITICO

Martha Elisa Monsalve Cuellar [199]

"No es, sin más ni más, la tierra quien hace al hombre, sino el hombre quien elige su tierra, es decir, su paisaje, aquel pedazo del planeta donde encuentra simbólicamente preformado su ideal o proyecto de vida. Se olvida que el hombre es un animal trashumante, que hay en el siempre una potencia migratoria"

Ortega el Americano[200]

Resumen: *El presente articulo se orienta al análisis de los cambios suscitados en las corrientes migratorias a partir de la pandemia con una afectación en los aspectos socioeconómicos y políticos que trataremos de puntualizar a través de este fenómeno que siendo tan antiguo como la humanidad a través de los años ha ido participando de características y motivaciones diferentes.*

Los rigores climatológicos obligaban a las hordas a movilizarse en procura de mejores condiciones que les permitieran sobrevivir, damos cuenta de ha sido el estado de necesidad y la lucha por la supervivencia lo que las han originado.

"Los movimientos de población siempre han existido. Diferentes en motivaciones, magnitudes y tendencias, las migraciones han determinado las condiciones para el desarrollo de las sociedades y civilizaciones antiguas y recientes "afirma Madeleine Andenbeg Alingue en su obra "Migraciones Internacionales: un mundo en movimiento "ha estado supeditado a aspectos cambiantes y que han sido de

[199] Doctora en Derecho y Ciencias Políticas con estudios de Maestría en Derechos Humanos Especializada en Normas Internacionales del Trabajo y Seguridad Social. Doctor Honoris Causa de la Universidad López Freire de Nicaragua, Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Miembro Correspondiente de la ABDT. Presidenta de ILTRAS y de ILERA- Colombia Conferencista Nacional e Internacional Profesora invitada en varias Universidades Internacionales, Docente Investigadora de la UGC Autora Coautora y Coordinadora de innumerables obras de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

[200] De su libro El tema de nuestro tiempo, ed. Revista de Occidente en Alianza Editorial, cuarta reimpresión, 2006, p. 65.

altas repercusiones en países receptores pero que también de alguna manera han afectado a los emisores.

Se han evidenciado aspectos mayoritarios de migración en jóvenes, mujeres cabeza de hogar y el motor primordial, buscar nuevas oportunidades, que sus países de origen no les ofrecen.

No han faltado igualmente, la necesidad de la reagrupación familiar, aspectos religiosos y políticos generados por guerras internas o conflictos armados en algunos países que inclusive lo siguen sufriendo y en donde no solo los migrantes se transfieren a otros países con grandes incertidumbres sino que la migración interna, ese desplazamiento a los grandes centros, poblaciones con la congestión que ello representa que aumenta los problemas existentes en esas urbes de movilidad, contaminación del medio ambiente, la escasez en veces de servicios públicos, vivienda, pero prefieren asumir esos riesgos antes de enfrentarse en sus regiones de origen a problemas que generan los cultivadores de coca, los originados por disputa de territorios y los reinsertados que no pocas alteraciones están generando en nuestro país y que hacen que esos ciudadanos huyan atemorizados a las ciudades en búsqueda de seguridad y protección para sus vidas y las de sus familias.

Ante fenómenos tan complejos, esta migración esta generando una serie de aristas que deben atenderse de inmediato, legalización de permanencia, de tierras, atención sanitaria, protección social, seguridad ciudadana y ante todo frente al aumento de la pobreza a la cual contribuyen por sus condiciones precarias a causa de esos desplazamientos a nivel nacional e internacional especialmente con respecto a los venezolanos que por miles han llegado al país arrastrando su desnutrición pobreza, enfermedades, niños sin educación y dejando atrás lo poco o mucho que en un momento dado adquirieron en su patria Un problema social inconmensurable del cual parece que la Comunidad Internacional no tomara en cuenta pues la atención a este flagelo no presenta soluciones muy evidentes.

2- INTRUMENTOS INTERNACIONALES APLICABLES

Ha sido preocupación para la Organización Internacional del Trabajo OIT desde su fundación en 1919 el tema de los trabajadores migrantes.

La búsqueda de justicia social no puede ignorar a millones de trabajadores que se desplazan en un mundo globalizado hoy más que nunca por el auge de las altas tecnologías. El mundo ya no tiene fronteras.

Es así como el Convenio No 97 de 1949 y la Recomendacion86 del mismo añoo sobre los trabajadores migrantes ya sienta unas bases sobre principios como la igualdad de trato frente a los nacionales y extranjeros en situación regular en lo referente a contratación condiciones de vida y de trabajo acceso a la justicia, reglamentación de impuestos y otros aspectos

No resulta fácil plantear una estrategia global sobre los trabajadores migrantes porque ello implica un análisis profundo y además el diseño de la legislación adecuar programas que consideren los derechos que les asisten frente a los trabajadores nacionales como el derecho a la sindicalización a un trabajo digno con condiciones de trabajo dignas atendiendo a los horarios de trabajo y salarios dignos y consideración a una serie de problemas sociales y violaciones a derechos humanos partiendo de la base de una población vulnerable que están dispuestos a todo con tal de devengar algo para el sustento propio y el de sus familias.

Frente a la discriminación, la xenofobia y posible utilización para fines no lícitos a personas que ante situaciones de grave necesidad son tentados fácilmente a conseguir dinero fácil.

La OIT alerta sobre el dilema de un mundo globalizado en donde la mayoría de los países tienen un discurso contradictorio de una parte buscando restringir las migraciones y reducir el numero de trabajadores no regulados y en la practica la explotación que de ellos se hace por la falta de protección mediante normas laborales y de protección social

El Convenio 143 de 1975 la Recomendación 151 del mismo año, contempla el tema de la reunificación familiar y evitar los tráficos ilegales de persona son necesarias nuevas normas que comprendan seguridad social para promover igualdad de trato y oportunidades.

En 1999, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones realizó un Estudio General sobre aplicación de estos cuatro instrumentos internacionales relativos a los trabajadores migrantes que sometido a consideración en la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo solicitando a los Estados Miembros la aplicación de los Convenios 97 y 143.

Cuentan además los trabajadores migrantes y sus familias con la protección de nueve instrumentos internacionales fundamentales de Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos complementarios de los cuatro instrumentos enunciados.

Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias que tienen los mismos derechos que los nacionales respecto al acceso a la educación, formación, vivienda y la participación en la vida cultural.

En el Marco Multilateral de las Migraciones Laborales primera edición de 2007 para la OIT la cuestión de los trabajadores migrantes y sus vínculos con el desarrollo se ha convertido en un fenómeno global que afecta la mayoría de las naciones del mundo.

En Colombia mediante la Ley n146 de 1994 se aprobó la Convención Internacional de la Protección de los Trabajadores Migratorios y de sus familiares adoptada en Nueva York en 1990.

A Convenção 190 da OIT, riscos psicossociais e saúde mental

Convenio 190 de la OIT, riesgos psicosociales y salud mental

THE ILO 190 CONVENTION IN THE CONTEXT OF THE INTERNATIONAL AND EU ACQUIS, FOLLOWING THE EU's ACCESSION TO THE ISTANBUL CONVENTION AND THE VAW DIRECTIVE: IN QUEST FOR THE HIGHER HUMAN RIGHTS STANDARDS

Panagiota Petroglou[201]

Abstract: *This article aims to: examine the ILO C190 as a human rights instrument in the context of the international and EU acquis, in particular following the EU's accession to the Istanbul Convention and the adoption of the EU VAW Directive; to zoom in on some of the ILO C190's provisions (workplace risk assessment; complaint and investigation procedures at the workplace level; remedies; protection against victimisation and retaliation; guidance and training) in the light of this acquis; to present some of the lessons learned from Greece, being the first European (not only EU) State to ratify the ILO C190; and, in conclusion, to plead for both the ratification of the ILO C190 and its implementation in line with and building on the international and EU acquis, in application of the highest human rights standards.*

Key words*: ILO Convention 190, Violence and Harassment, Sexual harassment, Istanbul Convention, EU VAW Directive.*

1. Introduction

Sexual harassment at work, one of the most serious aspects of violence and harassment at work, primarily affects women – particularly young women. Despite a longstanding legal framework, the first EU-wide survey on sexual harassment at work showed high rates of sexual harassment at work with men as the main perpetrators and a significant underreporting of violence against women (VAW) in general: only a few women dare to report and appeal to the competent authorities and the courts, although the incidents are serious enough to discuss them with their friends and family (FRA (2014); PETROGLOU (2019).

Ten years later, a new EU-wide research (FRA, EIGE, EUROSTAT (2024) still shows shocking rates of sexual harassment at work with men (boss/supervisors, co-

[1] Lawyer in Greece specialising in labour law and equality law, Greek expert of the European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, Secretary General of the Greek Association of Labour Law and Social Security, member of the Administrative Board of the European women's NGO Association of Women of Southern Europe (AFEM). This Article presents the personal views of the author and its approach is with a gender perspective.
List of Abbreviations: CESCR: UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights; CoE: Council of Europe; EU: European Union; ECHR: European Convention of Human Rights; ECSR: European Committee of Social Rights; ECtHR: European Court of Human Rights; ILO: International Labour Organization; ILO C-190: ILO Convention No. 190 concerning the elimination of violence and harassment in the world of work; TFEU: Treaty of Functioning of the European Union; VAW: violence against women; VH: violence and harassment.

workers or third parties) as the main perpetrators and an alarming underreporting of VAW in general.[202]

The European Court of Human Rights (ECtHR) in *C. v. Romania* addressed the under-reporting of sexual harassment at work, despite the existence of formal procedures to tackle it in the workplace and in other spheres: like domestic violence, it often takes place behind closed doors, which makes it even more difficult for victims to prove; there is a fairly persistent low social awareness of the issue and insufficient channels for victim support and the perception that it is a sensitive issue for society.[203] In the general VAW setting, impunity has been acknowledged as a factor that discourages the victims from reporting as well.[204]

At its centenary conference, in June 2019, the International Labour Organization (ILO) adopted Convention No. 190 concerning the elimination of violence and harassment in the world of work (the ILO C190), in force as of 25 June 2021, and its Recommendation No. 206, which is a non-legally binding instrument providing guidelines on the Convention's implementation.

This report aims to: examine the ILO C190 as a human rights instrument in the context of the international and EU *acquis*, in particular following the EU's accession to the Istanbul Convention (IC)[205] and the adoption of the EU VAW Directive[206]; to zoom in on some of the ILO C190's provisions (workplace risk assessment; complaint

[202] One in three women in the EU-27 (30.8 %) have experienced sexual harassment at work (the results refer to the experiences of women who were employed or self-employed at the time of the survey or had been working in the past) in their lifetime and 4.3 % of women experienced it in the 12 months before the survey. The rate of sexual harassment at work is higher (41.6 %) among women in the youngest age group in the survey (18–29 years) than in other age groups. In a majority of cases, the perpetrator of sexual harassment was a man. Most incidents of sexual harassment against women are perpetrated by men. Among the male perpetrators, 15.8 % of women in the EU-27 have experienced sexual harassment by a co-worker and 7.4 % have experienced sexual harassment by a boss or supervisor, while 9.3 % indicated that the sexual harassment was perpetrated by another man in the work context; this could include a client or customer. Across the EU, 63.7 % of women indicated that they talked about sexual violence to a person close to them such as a friend, family member or relative. Besides informal support, one in five women (20.5 %) who experienced violence indicated that they contacted a healthcare service or social service provider; one in eight (13.9 %) reported the incident to the police; and slightly more than one in twenty women (6.4 %) contacted a helpline or victim support service. This shows that most incidents of violence do not come to the attention of the police and other service providers, and many victims and survivors have to cope with their experiences without professional support. As a result, victims may not be fully informed of their rights and the support available to them.

[203] ECtHR, 30.8.2022, *C. v. Romania*, 47358/20, §79, 46, 85.

[204] Among others, ECtHR, 12.12.2023, *Vučković v. Croatia,* 15798/20, §65.

[205] The Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, CETS 210.

[206] Directive (EU) 2024/1385 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 on combating violence against women and domestic violence ('the VAW Directive').

and investigation procedures at the workplace level; remedies; protection against victimisation and retaliation; guidance and training) in the light of this *acquis*; to present some of the lessons learned from Greece, being the first European (not only EU) State to ratify the ILO C190; and, in conclusion, to plead for both the ratification of the ILO C190 and its implementation in line with and building on the international and EU *acquis*, in application of the highest human rights standards.

2. The ILO C190 as a human rights instrument in the context of the international and the EU *acquis*.

The ILO C190 adopts a human rights, dignity, gender equality/antidiscrimination and intersectional approach: it explicitly refers *inter alia* to gender-based violence and harassment (VH) at work, affecting disproportionately women and girls and its causes and risk factors, including gender stereotypes, multiple and intersecting forms of discrimination, and unequal gender-based power relations. It acknowledges the disproportionate effects of VH in the world of work against persons belonging to one or more vulnerable groups or groups in situations of vulnerability.[207] It also addresses for the first time the effects of domestic violence at work and calls for the mitigation of its impact in the world of work.[208].

Labour rights being human rights (ILO CEACR (2022), the ILO C190 is a human right instrument. The ECtHR cited it under the 'international material' in *C. v. Romania* on sexual harassment at work[209], albeit at the time the ILO C190 had not yet been ratified by Romania as it was noted by the Court.[210] What the Strasbourg Court seemed to be mainly interested in was the general acceptance of the rule of the prohibition of sexual harassment, as derived from its recording in the ILO C190.[211] In the same judgment, the ECtHR made reference to the IC and the European Social Charter (Article 26) prohibiting secondary victimisation of the victims of sexual harassment.[212]

---

[207] ILO C-190, Article 6.
[208] ILO C-190, Article 10(f).
[209] ECtHR, 30.8.2022, *C. v. Romania*, 47358/20 §47.
[210] The ILO C-190 was ratified by Romania on 12 June 2024 and with entry into force on 12 June 2025.
[211] On the reference of the ECtHR jurisprudence to other international human rights instruments, see i*nter alia* ECtHR 7.7.1989, *Soering v. United Kingdom,* 14038/88, §88, where the Strasbourg Court noted that the fact that a specialised treaty should spell out in detail a specific obligation attaching to a prohibition (at the given case, the prohibition of torture) does not mean that an essentially similar obligation is not already inherent in the general terms of the relevant Article of the ECHR (at the given case, Article 3 ECHR).
[212] ECtHR, 30.8.2022, *C. v. Romania*, 47358/20, §§83, 85.

The Strasbourg Court often recalls that the ECHR cannot be interpreted in a *vacuum*[213] and that, in accordance with the criterion contained in Article 31 § 3(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties[214], it must be interpreted in harmony with other rules of international law, with a teleological and, most importantly, evolutive approach (SICILIANOS, (2025), pp.4-18).

In this regard, it is a principle of international human rights law that (international or national) human rights norms constitute *minimum* standards that cannot be restricted but can only be surpassed by any other international or national norm. The higher standard thus prevails, whatever its source, even if it is not a *lex posterior* or *lex specialis*. This principle derives from the nature and dynamics of human rights which require the constant strengthening of their protection; from the dignity and worth of the human being, the basis and essence of all human rights (KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS (2016), pp.32-33). The above principle of the most favourable regulation is also expressed in international treaties.[215] In the same vein, in its decision inviting Member States to ratify the ILO C190,[216] the EU Council noted that the existing relevant EU rules and the provisions of the ILO C190 set *minimum* requirements, i.e. EU law can be more stringent than the Convention's provisions and vice versa, and that the ILO C190 does not affect existing EU *acquis*.

All in all, when interpreting and implementing the ILO C190, account should be taken of the international human rights *acquis*, inter alia: Articles 3, 8 and 10 ECHR as they have been interpreted by the ECtHR caselaw in sexual harassment and harassment cases but also in the general context of VAW; Article 26 of the Revised European Social Charter[217], as it has been interpreted by the European Committee of

[213] ECtHR, 8.11.2016, *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*,. 18030/11.
[214] The United Nations Vienna Convention on the Law of Treaties was adopted and opened to signature on 23 May 1969.
[215] E.g. ECHR, Article 53; European Social Charter, Article 32; International Covenant on Civil and Political Rights, article 5 para. 2; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Article 5; International Convention on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), Article 23; International Convention against Torture, Article 1 para. 2; Constitution of the International Labour Organization, article 19 para. 8.
[216] EU Council Decision (EU) 2024/1018 of 25 March 2024 inviting Member States to ratify the Violence and Harassment Convention, 2019 (No 190) of the International Labour Organization.
[217] Article 26 of the Revised European Social Charter explicitly enshrines the fundamental right of workers to protection of human dignity, both from sexual and moral harassment.

Social Rights (ECSR);[218] the IC (in particular, Article 40 on sexual harassment), [219] as it has been interpreted by GREVIO;[220] Article 27(1)(b) of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities on the prohibition of harassment against disabled persons at work (the EU acceded thereto in 2009);[221] the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Article 7) which also covers sexual harassment and harassment, as it has been interpreted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR);[222] the CEDAW[223], as it has been interpreted by the CEDAW Committee in its General Recommendation No. 19.[224] Article 31(1) on the right to working conditions which respect the worker's health, safety and dignity and of Articles 23 and 21 on gender equality and antidiscrimination

[218] According to the interpretative statements of the European Committee of Social Rights (ECSR), the quasi-judicial body which authentically interprets the European Social Charter and monitors its application, this protection also covers online harassment related to work (ECSR, Interpretative Statement 2022 on Article 26, Conclusions 2022). It must also include the right to appeal to an independent body in the event of harassment, the right to obtain adequate compensation and the right not to be retaliated against for upholding these rights whereas from the procedural standpoint, the effective protection of employees may require a shift in the burden of proof to a certain extent, making it possible for a court to find in favour of the victim on the basis of sufficient *prima facie* evidence and the conviction of the judge or judges (ECSR, Interpretative Statement on Article 26§2, Conclusions 2007).

[219] In the field of EU common policy on asylum the CJEU has referred to both the IC and the CEDAW as relevant international treaties under Article 78(1) TFEU for the implementation of Directive 2011/95 (the Qualification Directive) (DE VIDO (2025), p. 117). See CJEU, 16 January 2024, GC, *Intervyuirasht organ na DAB pri MS (Femmes victimes de violences domestiques),* C-621/21, ECLI:EU:C:2024:47, on whether women victims of fear of becoming victims of gender-based violence in their country of origin qualify as a 'particular social group' under Directive 2011/95; 4 October 2024 - *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl and Others (Femmes afghanes),* Joined Cases C-608/22 and C-609/22, ECLI:EU:C:2024:828 where the Court found that in situations like Afghanistan, regarding applications for international protection lodged by women who are Afghan nationals, the competent national authorities are entitled to consider that it is currently unnecessary to establish, in the individual assessment of the situation of an application for international protection, that there is a risk that will actually and specifically be subject to acts of persecution if she returns to her country of origin, where the factors relating to her individual status, such as her nationality or gender, are established. See also CJEU, 11 June 2024, C-646/21 *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Femmes s'identifiant à la valeur de l'égalité entre les sexes),* ECLI:EU:C:2024:487.

[220] On the references of the ECHtR caselaw to GREVIO baseline evaluation reports, see among others: ECtHR, 15 June 2021, *Kurt v. Austria*, 62903/15; ECtHR, 10 November 2022, *I.M. and others v. Italy,* 25426/20; *Vieru v. The Republic of Moldova*, 17106/18; ECtHR, 27 February 2025, *X v. Cyprus*, 40733/22; ECtHR, 13 February 2024, *X v. Greece*, 38588/21.

[221] Council Decision of 26 November 2009 concerning the conclusion, by the European Community, of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2010/48/EC).

[222] UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General comment No. 23 (2016) on the right to just and favourable conditions of work (article 7 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) para. 7, 48-4 "Freedom from harassment, including sexual harassment".

[223] UN Convention on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW).

[224] UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), CEDAW General Recommendation No. 19: Violence against women (1992), §6.

respectively of the EU Charter of Fundamental Rights should be also taken into account.[225]

EU Member States should also comply with the relevant EU *acquis,* including Articles 31(1) 23 and 21 of the EU Charter of Fundamental Rights on dignity at work, gender equality and antidiscrimination respectively and at the secondary law level, the longstanding *acquis* on health and safety and gender equality/antidiscrimination and, most notably, the recent EU *acquis* on VAW, following the EU's accession to the IC and the adoption of the VAW Directive.

In the EU legal framework, the prohibition of sexual harassment and harassment related to sex and the other prohibited grounds (race, religion or belief, disability, age or sexual orientation) at work has made a slow transition from a clear-cut health and safety and dignity-harm approach (the health and safety at work Directive 89/391/EEC) [226] to a dual approach (both a dignity-harm and non-discrimination/gender equality approach) (NUMHAUSER-HENNING & LAULOM (2012), pp.2-3 & 5-7; PETROGLOU (2019), pp.21-27). Albeit with a strong human rights connotation, the dignity-harm/health and safety approach addresses sexual harassment and harassment related to sex and the other prohibited grounds at work as isolated incidents by perpetrators against victims (individual discrimination) whereas the anti-discrimination/gender equality approach reveals the bigger picture of systemic discrimination due to deep-rooted structural barriers to equal opportunity, such as glass ceilings in companies or sex segregation in the workforce (NUMHAUSER-HENNING & LAULOM (2012), pp. 2-3 & 33-34, KJERUF THORGEIRSDÓTTIR (2019), pp.50-51; PETROGLOU (2019), p.29).

In EU gender equality law, sexual harassment and harassment related to sex is prohibited as a distinct form of discrimination on the grounds of sex in employment and occupation (Directive 2006/54/EC),[227] in self-employment (Directive

[225] The Charter of Fundamental Rights of the European Union, which has the same legal value as the Treaties since 1 December 2009, gives fundamental rights, as guaranteed by the ECHR and as they result from the constitutional traditions common to the member States, the status of general principles of European Union law. The ECtHR has acknowledged that the European Union offers equivalent protection of fundamental rights both at the substantive and the procedural level (ECtHR, 23 May 2016, *Avotiņš v. Latvia*, 17502/07, §§102-104).

[226] Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work, OJ L 183, 29.6.1989, pp. 1-8.

[227] Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), OJ L 204, 26.7.2006, pp. 23–36.

2010/41/EU)[228] and in access to goods and services (Directive 2004/113/EC)[229]. In EU antidiscrimination law, harassment related to race is prohibited as a distinct form of discrimination on this ground in employment and occupation, vocational training, social protection, including social security and healthcare, social advantages, education and in access to goods and services, including housing (Race Directive 2000/43/EC).[230] Harassment related to the other prohibited grounds (religion or belief, disability, age or sexual orientation) is prohibited as a distinct form of discrimination on these grounds only in employment and occupation (Framework Equality Directive 2000/78/EC). [231]

Recently, a new EU acquis on VAW has been formed following: (i) the EU's accession to the IC[232], in force as of 1 October 2023 and (ii) the adoption of the VAW Directive[233] (to be transposed by 14 June 2027). The EU's accession to the IC is only partial, regarding matters related to judicial cooperation in criminal matters and asylum and non-refoulement, insofar as they fall within the exclusive competence of the EU (DE VIDO (2025), p.27, 144-145). Regarding these matters, the VAW Directive (to be transposed by 14 June 2027) and all relevant EU secondary law is to be interpreted in the light of and in a manner consistent with the IC, as it is authentically interpreted by GREVIO,[234] including through

[228] Directive 2010/41/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity in a self-employed capacity and repealing Council Directive 86/613/EEC, OJ L 180, 15.7.2010, pp. 1–6.
[229] Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, OJ L 373, 21.12.2004, pp. 37–43.
[230] Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ L 180, 19.7.2000, pp. 22–26.
[231] Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303, 2.12.2000, pp. 16–22.
[232] Council Decision (EU) 2023/1075 of 1 June 2023 on the conclusion, on behalf of the European Union, of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence with regard to institutions and public administration of the Union. Council Decision (EU) 2023/1076 of 1 June 2023 on the conclusion, on behalf of the European Union, of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence with regard to matters related to judicial cooperation in criminal matters, asylum and non-refoulement.
[233] Directive (EU) 2024/1385 of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 on combating violence against women and domestic violence. The new Directive, among others, defines and criminalises at the EU level new forms of cyber violence: cyber stalking (Article 6); cyber harassment (Article 7); cyber incitement to violence or hatred (Article 8). It also addresses sexual harassment at work, where it constitutes a criminal offence under national law, by providing specialist support for victims of sexual harassment at work (Article 28 & recital 65) and training and information for professionals, including persons with supervisory functions in the workplace (Article 36(6) & Recital 77 VAW Directive).
[234] Cf. the settled jurisprudence of the ECtHR with reference to GREVIO's baseline evaluation reports (footnote No 20).

preliminary rulings by the Court of Justice of the European Union (CJEU).[235] In addition, the European Commission may also initiate infringement procedures against EU Member States (including the five Member States that have not yet themselves ratified the IC)[236] on the event of a failure to implement the relevant EU secondary law in a manner consistent with the IC. This is also the clear-cut approach of GREVIO in its Questionnaire of 18 October 2024 for the European Union: the EU authorities are asked to indicate "concrete action taken to ensure the implementation of the relevant EU legal framework by EU member states (including infringement proceedings)".[237] And this is the *novum*.

3. Zooming in on some of the ILO C190 provisions in the light of the international and EU *acquis*

In a more practical approach, this part of the Article zooms in on some of the ILO C190's provisions (workplace risk assessment; complaint and investigation procedures at the workplace level; remedies; protection against victimisation and retaliation; guidance and training) in the light of the international and EU *acquis.*

3.1 Workplace risk assessment and the rule of the shift of the burden of proof

[235] In the same vein the Framework Equality Directive 2000/78/EC has been interpreted by the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the light of and in a manner consistent with the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (UNCRPD), following the EU's accession to it (Council Decision 2010/48/EC of 26 November 2009", OJ 2010 L 23, p. 35). See CJEU, 18 January 2024, C-631/22, *Ca Na Negreta,* ECLI:EU:C:2024:53; 11 April 2013, *HK Danmark*, C-335/11 and C-337/11, ECLI:EU:C:2013:222; 1 December 2016, *Daouidi*, C-395/15, ECLI:EU:C:2016:917. To be also noted that following the EU's accession to the Aarhus Convention, the CJEU interpreted its Articles 9(4) and 9(5) on not prohibitively expensive judicial proceedings which 'although they do not have direct effect, are intended to ensure effective environmental protection' whereas the relevant requirement pertains, in environmental matters, to the observance of the right to an effective remedy enshrined in Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights and to the principle of effectiveness, CJEU, 11 January 2024, *Societatea Civilă Profesională de Avocaţi AB & CD*, C-252/22, ECLI:EU:C:2024:13, §78.

[236] BG, CZ, HU, LT, SK, of which the first four have not ratified the ILO C-190 as well.

[237] Questionnaire on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) as adapted for the European Union Adopted by GREVIO on 18 October 2024 GREVIO(2024)23, p.14, P2: "*Please indicate concrete action taken to ensure the implementation of the relevant EU legal framework by EU member states (including infringement proceedings)",* in https://rm.coe.int/questionnaire-on-legislative-and-other-measures-giving-effect-to-the-p/1680b34281 (25.05.2025) (https://rm.coe.int/questionnaire-on-legislative-and-other-measures-giving-effect-to-the-p/1680b34281).

The ILO C190 calls on the States, among others, to identify hazards and assess the risks of VH at the world of work, with the participation of workers and their representatives, and take measures to prevent and control them.[238]

Risk assessment and risk management as an international obligation in order to effectively prevent and combat VAW is enshrined in Article 51 IC as it has been interpreted by GREVIO (GREVIO, 2025, pp. 93-109)[239] and in Article 16 of the VAW Directive. The ECtHR has also pronounced itself on the obligation to conduct a risk assessment, in particular in criminal, administrative and family law.[240]

The rule of the shift of the burden of proof is enshrined in all EU gender equality and antidiscrimination Directives.[241] To date there has been no CJEU case law on sexual harassment or harassment related to sex at work under the gender equality directives whatsoever. There has been only one case of harassment related to disability (discrimination by association) where the CJEU applied the shift of the burden of proof.[242]

Regarding risk assessment in the context of maternity protection (breastfeeding), in *González Castro*[243] the CJEU applied the shift of the burden of proof as follows: if the (female) worker adduces factual evidence to suggest that the risk evaluation did not include a specific assessment taking into account her individual situation

---

[238] ILO C190, Article 9c.

[239] See also General Recommendation No. 35 (2017) on gender-based violence, updating General Recommendation No. 19 (1992) adopted by the UN Committee on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women (CEDAW Committee) and the EU Victims' Rights Directive (2012/29/EU).

[240] In its landmark case of *Kurt v. Austria* [GC] the ECtHR established an obligation on the contracting parties to conduct an autonomous, proactive and comprehensive risk assessment when faced with a situation of domestic violence. The terms "autonomous" and "proactive" in this context refer to the requirement of the authorities to base their assessment not only on the victim's testimony and own perception of the risk but also on an investigation, initiated ex officio. This can include collecting evidence and assessing information obtained from other state agencies, witnesses and other relevant sources on all relevant risk factors. While the Court did not stipulate an absolute requirement to use standardised risk-assessment tools, it underlined, referencing GREVIO's third party intervention, that their use could contribute to the comprehensiveness of the authorities' risk assessment.

[241] The Race Directive 2000/43/EC (Article 8); the Framework Equality Directive 2000/78/EC (Article 10). See also the Goods and Services Directive 2004/113/EC (Article 9).

[242] In the event that (the claimant) establishes facts from which it may be presumed that there has been harassment, the effective application of the principle of equal treatment then requires that the burden of proof should fall on the defendants, who must prove that there has been no harassment in the circumstances of the present case, CJEU 17 July 2008, *Coleman*, C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415, §62.

[243] CJEU, 19 September 2018, C-41/17 *González Castro,* ECLI:EU:C:2018:736. In this case, a breastfeeding female security guard performing shift work at part at night was refused a medical certificate indicating the existence of a risk to breastfeeding posed by her work and, consequently, an allowance (social benefit) in respect of this risk during breastfeeding. She challenged the risk assessment of her work arguing that the evaluation did not include a specific assessment taking into account her individual situation as a breastfeeding worker.

(breastfeeding), it is for the respondent to prove that such is the case. A mere declaration by the employer that the duties performed by that worker and her working conditions do not affect her individual situation (breastfeeding), without any explanations capable of substantiating that assertion does not suffice. Nor can the fact that her work is not included in the list of jobs posing a risk to breastfeeding drawn up by the competent body of the Member State concerned provide an irrebuttable presumption that such is the case. Otherwise, both the Maternity Directive[244] and the rule of the shift of the burden of proof enshrined in the Gender Equality Directive 2006/54 (Article 19) would be deprived of any useful effect.

All in all, the shift of the burden of proof does apply in all extra judicial and judicial procedures (except from criminal procedures) regarding all forms of VH falling under the scope of EU gender equality and antidiscrimination law, i.e. sexual harassment and harassment related to sex and the other prohibited grounds. Beyond it, the shift of the burden of proof is also a condition for the effective protection of employees from the procedural standpoint in all VH cases, as it has been acknowledged by the ECSR in its interpretation of Article 26§2 of the Revised European Social Charter (right to dignity at work).[245] In this regard, the paradigm of the Greek law sanctioning the ILO C190 which extended the shift of the burden of proof to all VH cases shows the way (see under 4 below).

3.2 Gender-responsive and effective complaint and investigation procedures at the workplace level

The ILO C190 provides for complaint and investigation procedures at the workplace level to be gender-responsive and effective.[246] This provision should be implemented in the light of the positive obligation of States to maintain and apply in practice an adequate legal framework affording protection against acts of VH at work under Articles 3 and 8 ECHR.

In *C. v. Romania,*[247] the ECtHR found that the lack of effective mechanisms put in place at employer level to deal with sexual harassment in

[244] Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC), OJ L 348, 28.11.1992, pp. 1–7.
[245] ECSR, Interpretative Statement on Article 26§2, Conclusions 2007.
[246] ILOC190 Article 10(b)(i),(e).
[247] ECtHR, 30.8.2022, *C. v. Romania*, 47358/20.

the workplace, in itself, may run counter to the requirements of Article 8 ECHR irrespectively of the initiation or the outcome of criminal proceedings. In that case despite the existence of an internal policy prohibiting violence and harassment and encouraging its reporting to the management, the male staff in charge who had been informed of the situation and had heard the parties involved, refused to look into the applicant's case and instructed her to go to the police; he did not point her to anyone else in the company who would have been able to deal with her grievances; he did not bring the matter himself to the attention of the appropriate staff within the company. According to the Court, no internal inquiry took place at all. Moreover, without any apparent warning, the applicant was subjected to a confrontation with the alleged perpetrator in the office of the competent person which amounts to secondary victimisation.

In a more general setting, the tendency to downplay the violence and suggest reconciliation and the insistence on mediation in proceedings between victim and perpetrator may also amount to secondary victimisation (GREVIO, 2025, p.32).

3.3 Gender-responsive and effective remedies

The ILO C190 requires remedies to be gender-responsive and effective.[248]

In this regard, in the above case *C. v. Romania*, without expressing an opinion on the alleged harasser's guilt, the ECtHR found that the investigation of the applicant's case had significant flaws in breach of the positive obligations under Article 8 ECHR. In the first place, in the criminal proceedings that followed the ineffective internal procedure, there was no assessment of the relationship of power and subordination between the applicant and the perpetrator (her superior), or the threats allegedly made by him against her. Even after the employer had become aware of the sexual harassment complaints, the applicant continued to suffer its consequences as she was eventually forced to leave her employment. However, this fact had not been taken into account in the assessment of the applicant's grievances.[249] This approach is in line with the CJEU settled caselaw that the worker must be regarded as the weaker party in the employment relationship and that on account of that position of weakness, a worker may be dissuaded from explicitly claiming his rights vis-à-vis his or her employer where, in

[248] ILO C190, Article 10(e).
[249] ECtHR, 30.8.2022, *C. v. Romania*, 47358/20, §§80, 83.

particular, doing so may expose him or her to measures taken by the employer likely to affect the employment relationship in a manner detrimental to that worker.[250]

In *C. v. Romania*[251], the ECtHR also found the failure of the State authorities to take the necessary legislative and other measures to protect the rights and interests of the victim, involving, *inter alia*, protection from secondary victimisation, as it is required by international instruments, notably the IC and the European Social Charter. More specifically, during the criminal investigation the applicant was confronted with the person who dealt with her complaint at the workplace whereas according to the Court's standard case-law the necessity of a confrontation must be carefully weighed up by the authorities and the victim's dignity and sensitivity must be considered and protected.[252] Most importantly, the prosecutor's decision extensively reproduced in details the insinuations made by the alleged harasser in his statements about the applicant's private life (i.e. the victim's past sexual intercourse with another employee from the enterprise) which, besides being insensitive and disrespectful towards the applicant, stigmatised her.

In the same vein, in the general context of VAW, the ECtHR has found secondary victimisation *inter alia*: in the case of a gang rape, in the unjustified references in the reasoning of the judgment to the red underwear "shown" by the victim of a gang rape, her past sexual life and her bisexuality[253]; in a case of nonconsensual publication of intimate images online, in the statements of the public prosecutor that by sending photographs of herself in "indecent poses" to her male partner willingly, the victim herself had contributed substantially to transforming her relationship with the perpetrator into one that had been "centred on an exacerbated sexuality".[254]

---

[250] CJEU, 4 October 2024, C-541/20 to C-555/20, *Lithuania v Parliament and Council () and temps de travail)*, ECLI:EU:C:2024:818, §174; 22 October 2023, *Ředitelství silnic a dálnic,* C-57/22 ECLI:EU:C:2023:770, §44; 2 March 2023, C-477/21 *MÁV-START*, ECLI:EU:C:2023:140, §36; 22 September 2022, *LB*, C-120/21, ECLI:EU:C:2022:718, §44; 17 March 2021, *Academia de Studii Economice din Bucureşti* C-585/19, ECLI:EU:C:2021:210, §51; 14 May 2019, *CCOO*, C-55/18, ECLI:EU:C:2019:402, §44; 5 October 2004, *Pfeiffer and Others*, C-397/01 to C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584, §82; 25.11.2010, *Fuß*, C-429/09, ECLI:EU:C:2010:717, §80; 6 November 2018, *Max-Planck-Gesellschaft*, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874, §41; 6 November 2018, C-619/16 *Kreuziger*, ECLI:EU:C:2018:872, §48.
[251] ECtHR, 30.8.2022, *C. v. Romania*, 47358/20, §§83, 85.
[252] ECtHR, 30.8.2022, *C. v. Romania*, 47358/20, §84.
[253] ECtHR, *J.L. v. Italy*, 27 May 2021, 5671/16.
[254] ECtHR, M.*S.D. v. Romania*, 3 December 2024, 28935/21.

The presentation of evidence of the victim's past sexual life in criminal proceedings is not allowed by Article 54 IC whatsoever whereas it is allowed by Article 20 of the VAW Directive only where 'it is relevant and necessary'. The latter provision falling behind the former, it is to be interpreted in the light of Article 54 IC (and also Recital 48 of the VAW Directive) (DE VIDO, (2025), p.16), in application of the principle of the most favourable regulation (see under 2. above),

3.4 Protection against victimisation and retaliation and its chilling effect

The ILO C190 calls on States to ensure protection against victimisation of or retaliation against complainants, victims, witnesses and whistle-blowers.[255]

This provision should be implemented in the light of Article 56 IC on the protection of victims and their witnesses from intimidation, retaliation and repeat victimisation. Account should be also taken of the broad interpretation of the concept of 'witness' adopted by the CJEU in *Hakelbracht:*[256] the protection against victimisation in the form of any 'adverse treatment' by the employer (Gender Equality Directive 2006/54, Article 24) covers not only official witnesses but also employees who have informally supported the victim of discrimination (KJERUF THORGEIRSDÓTTIR, (2019), p.52; PETROGLOU, (2019), p. 30). On the other hand, under the ILO C190 protection against victimisation is broader than that afforded by the EU gender equality and antidiscrimination law in that it is not restricted to employment conditions (dismissal, detrimental modification of working conditions, bad performance assessment) (PETROGLOU (2019), pp.30-31). It also covers victimisation in the form of 'adverse treatment' not only by the employer but also by the perpetrator (in case these persons do not coincide, the perpetrator being a superior, co-worker or a third party)

In practice, a serious aspect of victimisation is the legal retaliation by the perpetrator, who can be the employer or a superior, a co-worker or a third party, suing the victim and/or her witnesses or potential witnesses for slander, defamation or insult and even go so far in some cases as to bringing a 'blackmail' civil action for moral damages due to slander, defamation or insult against them (PETROGLOU (2019), p.31).

---

[255] ILO C190, Article 10(b)(iv).
[256] CJEU, 20 June 2019**,** *Hakelbracht and Others*, C-404/18, ECLI:EU:C:2019:523.

In this regard, in *Allée v. France*, [257] the ECtHR found a violation of Article 10 ECHR (freedom of expression) due to the failure of State authorities to provide appropriate protection to a female applicant who alleged that she had been subjected to sexual harassment (sexual assault) at work by her superior and was criminally convicted for public defamation. The domestic courts' refusal to adapt the concept of sufficient factual basis and the criteria for assessing good faith to the circumstances of the case had placed an excessive burden of proof on the applicant, by requiring that she provide evidence of the acts she wished to report. The email, sent by the applicant to six people of whom only one had been an external party (a Labour Inspector), had had only a minor impact on her alleged harasser's reputation. Although the financial penalty imposed on the applicant by the penal court could not be described as particularly severe, she had nonetheless been convicted of a criminal offence. By its nature, such a conviction had a chilling effect, which could discourage people from reporting such serious actions as those amounting, in their view, to mental or sexual harassment, or even sexual assault. The Court also referred the CoE's Parliamentary Assembly Resolution 'Towards decriminalisation of defamation'[258] which urges those member States which still provide for prison sentences for defamation, even if they are not actually imposed, to abolish them without delay.[259]

3.5 Gender-responsive guidance and training

The ILO C190 calls on States to develop gender-responsive guidance and training, taking into account violence and harassment involving third parties.[260]

Regarding training, the above provision of the ILO C190 should be implemented in line with the VAW Directive (Article 36 & Recital 77) which provides mandatory training covering, *inter alia,* the risk and prevention of intimidation and repeat and secondary victimisation, for all professionals likely to come into contact with victims,[261] including persons with supervisory functions in the

[257] ECtHR, *Allée v. France*, 18.1.2024, 20725/20.
[258] CoE's Parliamentary Assembly Resolution 1577 (2007), Towards decriminalisation of defamation, adopted on 4 October 2007 (34th Sitting).
[259] See also ECtHR, *Mariapori v. Finland*, § 27, 69; *Niskasaari and others v. Finland*, § 77; *Saaristo and others v. Finland*, § 69; *Ruokanen and others v. Finland*, § 50.
[260] ILO C190, Article 4)2)(g).
[261] Police officers and court staff (§1); healthcare professionals, social services and educational staff likely to come into contact with victims (§2); judges and prosecutors involved in criminal proceedings

workplace,[262] whereas only a recommendation for the training of lawyers due to the independence of the legal profession (§4). The above provisions of the VAW Directive and the ILO C190 should be implemented in the light of Article 15 IC and its evolutive interpretation by GREVIO: initial and in-service training to identify and respond to all forms of violence covered by the IC should be systematic and mandatory for all professionals, working with victims or perpetrators of all forms of VAW, including lawyers and the judiciary.[263] Training should be appropriate, i.e. in line with the IC, sufficiently funded, including when delivered by NGOs and evaluated. It should cover issues, such as gender-based stereotypes, the difference between conflict and violence, the identification of victims, the rights and needs of victims, the prevention of secondary victimisation and VAW exposed to intersectional discrimination. Women's rights and civil society organisations should be involved therein due to the expertise they have developed, and their work should be supported as they contribute to improving the overall level of training of professionals on VAW (GREVIO (2023), §90).

Regarding guidelines, the first-ever explicit recommendation for gender sensitive and advisory in nature guidelines for authorities acting in criminal proceedings, including prosecutorial guidelines is provided in the VAW Directive. These guidelines may include guidance on how to, among others: treat victims in a trauma-, gender-, disability- and child-sensitive manner; ensure that victims are treated in a respectful way and that proceedings are conducted in such a manner as to prevent secondary or repeat victimisation; cater to the enhanced protection and all relevant support needs of victims experiencing intersectional discrimination; identify and avoid gender stereotypes. Although there is no such explicit provision in the IC, such guidelines fall under the general obligations to ensure the effective investigation and prosecution of offences having regard to the

---

and investigations (§3); health professionals (§5); persons with supervisory functions in the workplace (§6); media professionals (§8).

[262] Article 36(6) of the VAW Directive: Persons with supervisory functions in the workplace in both the public and private sectors should be trained on how to recognise, prevent and address sexual harassment at work, where it constitutes a criminal offence under national law. Those persons and employers shall receive information about the effects of violence against women and domestic violence on work and the risk of 'third-party violence' which refers to violence which staff might suffer at the workplace at the hands of someone other than a co-worker and includes cases such as nurses sexually harassed by a patient.

[263] CoE (2011), Explanatory Report – CETS 210 – Violence against women and domestic violence, §98.

gendered understanding of violence (Article 49 IC), as per the interpretation of GREVIO (DE VIDO, 2025).

4. Lessons learned from Greece as the first European (not only EU) country to ratify the C190: being 'first' v. being 'best'

In a swift response to the Greek #MeToo movement, Greece was the first European (not only EU) State to ratify the ILO C190 IN June 2021. The ratification was put at the forefront of an omnibus Act[264] drafted in secrecy by the Ministry of Labour which, among others, led to the dismantling of the longstanding system of protection against unlawful termination of the employment contract. There had been no prior institutionalised dialogue with social partners (in breach of the tripartite philosophy of the ILO C190), women's NGOs (in breach of Article 9 IC, which requires authorities to step up consultation with a range of women's rights organisations in order to include their opinions and experiences in the design of laws, GREVIO (2023), §9) and the National Commission for Human Rights.[265].

Four years later, there are still significant loopholes in the implementation of the ILO C190 in Greece (and this is a non-exhaustive list):

- VH by third parties, such as clients, customers, service providers, users, patients and members of the public is not covered by the national sanctioning provisions (GREVIO (2023), §232, 104) although this has been one of the innovative elements of the ILO C190[266] in respect to the longstanding EU gender equality and discrimination law[267] As a result, no risk assessment is required against this hazard whereas

[264] Act 4808/2021, OJ A 101/19.6.2021 consists of six parts and 125 Articles in total: along with the sanctioning of ILO Conventions C-190 and C-187 and the transposal of EU Directive 2019/1158, it introduced controversial radical labour law reforms, inter alia, on working time, dismissals and strike.

[265] EELN flash report (Greece) of 5 July 2021 "ILO Convention 190 on Violence and Harassment sanctioned by Greece", https://www.equalitylaw.eu/downloads/5436-greece-ilo-convention-190-on-violence-and-harassment-sanctioned-by-greece-152-kb (25.05.2025) (https://www.equalitylaw.eu/downloads/5436-greece-ilo-convention-190-on-violence-and-harassment-sanctioned-by-greece-152-kb).

[266] C-190, Article 4(2); Recommandation 206, Article 8 (b).

[267] The wording of Recast Directive 2006/54 (and of its predecessor Directive 2002/73) does not explicitly indicate who the perpetrators of sexual harassment and harassment related to sex may be. However, as mentioned above, in its report on the application of Directive 2002/73 (COM(2009)409 final of 29 July 2009), the European Commission clearly acknowledges that the scope of protection of the directive is not limited to relations between workers and their superiors, but extends to relations with co-workers or other third parties (PETROGLOU, 2019). The VAW Directive explicitly covers third-party violence in its provision on the training of persons with supervisory functions in the workplace and also gives its definition: "Third-party violence' refers to violence which staff might suffer at the workplace at the hands of someone other than a co-worker and includes cases such as nurses sexually harassed by a patient" (Recital 77 and Article 36§6).

complaints for VH by third parties are not examined by the Labour Inspectorate and are not comprised in statistics on VH. Nevertheless, research shows that harassment by third parties is widespread in certain sectors, such as the catering and hotel sectors which is the booming industry of Greece.[268]

- The ILO C190 requirement for appropriate measures in specific sectors with high occurrence of VH [269] has not been complied with, in particular regarding the sectors of: trade and catering and hotel (tourism) where more than half (54 % in 2024) of the total cases of VH occur (LABOUR INSPECTORATE (2025), pp.37-40); the army (GREVIO (2023), §233); domestic work, a clearly female-dominated group of workers, which is prone to discrimination on the grounds of sex.[270]

- There is also very limited awareness and use of two other innovative ILO C190 provisions which both seem to have been applied only once: i) the victim's right to retreat from a work situation which she has reasonable justification to believe presents an imminent and serious danger to life, health or safety due to VH without suffering retaliation or other undue consequences;[271] and ii) the power of the Labour Inspectors to issue orders requiring measures with immediate executory force and orders to stop work in cases of an imminent danger to life, health or safety.[272]

---

[268] According to the survey "Not part of my job" conducted by Actionaid Hellas (2020), almost half of the women working in a front-line position, where customers leave them tips in the industry stated that they have felt they had to endure sexual harassment in order to secure their tips; 3/4 of them also stated that they have felt that customers expect them to behave in a manner characterised by sexual insinuations/expressions. 1 in 3 women in tourism/catering (compared to 1 in 5 women in the general population) have been forced to quit their job due to sexual harassment, https://notpartofourjob.actionaid.gr/public/ActionAid_Harassment-Report.pdf (25.05.2025) (https://notpartofourjob.actionaid.gr/public/ActionAid_Harassment-Report.pdf).

[269] C-190, Article 8(b); Recommandation 206, Article 9.

[270] CJEU, 24.2.2022, *TGSS (Domestic worker unemployment),* C-389/20, ECLI:EU:C:2022:120, on the exclusion of unemployment benefits from the social security benefits granted to domestic workers by a statutory social security scheme (Directive 79/7/EEC on equal treatment for men and women in matters of social security). See also CJEU 19.12.2024, *Loredas*, C-531/23, ECLI:EU:C:2024:1050, on the exemption of employers from their obligation to establish a system enabling the duration of the daily working time of each domestic worker to be measured, putting female workers at a particular disadvantage compared with male workers (Working Time Directive 2003/88).

[271] ILO C190, Article 10(g). For the first time in 2024 a male employee allegedly victim of sexual harassment by a male colleague exercised his right to retreat under the sanctioning provision (Article 12(3). 4808/2021). Despite the fact that the employer eventually dismissed the harasser, the complainant had to quit his job as he could not stand the bad psychological conditions and the employer's threats about adverse consequences for his future employment (LABOUR INSPECTORATE (2025), pp.62-63).

[272] ILO C190, Article 10(h). For the first time in 2024 a Labour Inspector issued an order for the prevention of the repetition of the harassing behaviour towards the applicant employee (since until then the company had not taken any measure) which was coupled with a fine of €1,500 for each day of non-compliance by the employer (LABOUR INSPECTORATE (2025), p. 49).

- The obligation for internal policies is limited to companies with more than 20 employees in the private sector, leaving the very small enterprises uncovered [273] (GREVIO (2023), §232).

- There is limited awareness of the concept of secondary victimisation and there are no specific, gender-sensitive and trauma-informed guidelines on the avoidance of this phenomenon in complaint and investigation procedures at all levels. This is in breach of Article 49 IC, as interpreted by GREVIO; the VAW Directive (Article 21) which has been only partially transposed in Greece;[274] the ECtHR jurisprudence on Articles 3 and 8 ECHR. For example, according to the official guidelines it is up to the discretion of Labour Inspectors to cross-examine the complainant in confrontation with the alleged harasser (LABOUR INSPECTORATE (2025), p.14). Most importantly, in the judicial procedures, gender stereotypes and prejudices in the judiciary continue to result in victim blaming and discrediting (GREVIO, (2023), §267) whereas guilt inducing, moralising, or sexist comments from prosecutors or national judgments cause secondary victimisation which itself is a breach of Article 8 ECHR, irrespectively of the outcome of criminal proceedings.[275]Recently, secondary victimisation by the Public Prosecutor in the course of criminal proceedings in a sexual harassment at work case of the #MeToo movement caused a heated societal outcry and led to the issuance of the first-ever guidelines for the judiciary.[276]

- There is also a frequent practice of legal retaliation against sexual harassment complainants and their witnesses, in the form of criminal proceedings (and convictions) for defamation and 'black-mail' civil actions for high sums

---

[273] The share of very small enterprises (with less than 10 employees) in employment is higher in Greece than in the EU. Specifically, in Greece 94.5% (EU 93.7%) of enterprises are very small: they employ 55.8% (EU 45.8%) of workers and produce 30.6% (36.0%) of added value. Bank of Greece, 2023, *The role of small and medium-sized enterprises (SMEs) in the Greek economy* in https://www.bankofgreece.gr/enimerosi/grafeio-typoy/anazhthsh-enhmerwsewn/enhmerwseis?announcement=a66cdf8e-168b-4cd1-86b9-4f7de3e8f4fd (25.05.2025) (https://www.bankofgreece.gr/enimerosi/grafeio-typoy/anazhthsh-enhmerwsewn/enhmerwseis?announcement=a66cdf8e-168b-4cd1-86b9-4f7de3e8f4fd).

[274] EELN flash report (Greece) of 11 April 2025, "The à la carte transfer of the VAW Directive" in https://www.equalitylaw.eu/downloads/6280-greece-the-a-la-carte-transfer-of-the-vaw-directive (25.05.2025) (https://www.equalitylaw.eu/downloads/6280-greece-the-a-la-carte-transfer-of-the-vaw-directive).

[275] ECtHR, 30.8.2022, *C. v. Romania*, 47358/20, §87.

[276] EELN flash report (Greece) of 16 December 2024, 'First-ever guidelines against secondary victimisation in VAW criminal proceedings', https://www.equalitylaw.eu/downloads/6215-greece-first-ever-guidelines-against-secondary-victimisation-in-vaw-criminal-proceedings (25.05.2025) (https://www.equalitylaw.eu/downloads/6215-greece-first-ever-guidelines-against-secondary-victimisation-in-vaw-criminal-proceedings).

of compensation for defamation have also a 'chilling effect' (GREVIO (2023), §267). For example, the Greek case law has dealt with civil actions brought by the perpetrator or his employer against the female employees who reported sexual harassment for moral damages due to defamation of EUR 200 000 and EUR 400 000 respectively[277] (PETROGLOU (2019), p.31).

- On the other hand, sanctions imposed for sexual harassment at work remain low and are therefore not always sufficiently dissuasive for employers to take resolute measures against sexual harassment (GREVIO (2023), §104). For example, even in the event of a successful remedy the sum usually awarded to the victim of sexual harassment is very low, e.g. 3 000 EUR (PETROGLOU (2019).
- Only a limited number of cases of sexual harassment at work reach both the civil and criminal courts (GREVIO (2023), §234) whereas low conviction rates erode the victims confidence in the criminal justice system and send messages to perpetrators that they will not be held accountable, which, in turn, contributes to the problem of low reporting to law-enforcement authorities (GREVIO (2023), §§264, 265).[278]
- Sexual harassment is also closely associated with widespread sexist and gender-based hate speech, including in Greek politics and the media despite the relevant recommendations of the Council of Europe[279] (GREVIO (2023), §235).

Yet, despite all these shortcomings and the considerable work still to be done, the ratification of the ILO C190 coupled with an innovative provision of the sanctioning law which extends the rule of the shift of the burden of proof to all VH cases with an explicit reference to the relevant wording of the EU Gender Equality Directive 2006/54/EC[280] has led to an impressive increase of the number of complaints to the Labour Inspectorate at a rate of 110% of total VH cases and 315% of sexual harassment cases (LABOUR INSPECTORATE (2025), pp. 24-26, 32-33 respectively) in the last three years (2022 to 2024). Moreover, the total sum of administrative fines for VH imposed by the Labour Inspectorate increased by

[277] Athens FICC (three-member chamber), judgment No. 796/2013. 104; Athens FICC (three-member chamber), judgment No. 1122/2013.
[278] In this regard, see also ECtHR, 30.8.2022, *C. v. Romania*, 47358/20, §85: "in the international arena sexual harassment is unequivocally condemned and States are urged to effectively punish perpetrators and thus put an end to impunity…"; ECtHR, 12.12.2023, *Vučković v. Croatia*, 15798/20 §65: "… leniency in punishing VAW, instead of communicating a strong message to the community that VAW will not be tolerated… may in turn discourage victims from reporting such acts…".
[279] Council of Europe's Recommendations to member States: (i) CM/Rec(2019)1 of the Committee of Ministers on preventing and combating sexism; (ii) CM/Rec(2022)16 on combating hate speech.
[280] Article 15 Act 4808/2021, OJ A 101/19.6.2021 explicitly refers to Article 24 Act 3896/2010, OJ A 207/8.12.2010 transferring Article 19 Directive 2006/54.

343% from 2023 to 2024 (LABOUR INSPECTORATE (2025), p. 54). It is still not known how many of these cases reached the courts and their outcome. Nevertheless, a long-lasting silence and tolerance of misconduct has been broken!

5. Conclusions

As the Greek case shows, the ratification of the ILO C190 'can change lives' as per the motto of the ILO C190 ratification campaign.[281] The broad political consensus (439 pro, 7 against and 30 abstentions) which led to the adoption of the ILO C190, including all EU Member States which voted pro it,[282] allows no excuses for those EU Member States which are still missing.

Most importantly, beyond ratification, the ILO C190 should be implemented in synergy with and by building on the international and EU *acquis,* including the new EU *acquis* on VAW, following the EU's accession to the IC and the adoption of the EU VAW Directive, in application of the highest human rights standards.

References

DE VIDO, Sara, 2025, *EU law in light of the Istanbul Convention: legal implications after accession,* Publications Office of the European Union, Luxembourg, in https://www.equalitylaw.eu/downloads/6247-eu-law-in-light-of-the-istanbul-convention-legal-implications-after-accession (25.05.2025).

FRA (2014), Violence against women: an EU-wide survey Main results, Publications Office of the European Union, Luxembourg.

FRA, EIGE, EUROSTAT (2024), EU gender-based violence survey – Key results. Experiences of women in the EU-27, Publications Office of the European Union, Luxembourg, in https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/eu-gender_based_violence_survey_key_results.pdf (25.05.2025).

GREVIO (2023), Baseline evaluation report Greece, in https://rm.coe.int/grevio-s-baseline-evaluation-report-on-legislative-and-other-measures-/1680ad469d (25.05.2025).

GREVIO (2025), "Thematic perspectives on the implementation of the Istanbul Convention", Compilation of focus sections no.1 to 5 as presented in GREVIO activity reports (from June 2015 to

[281] The ILO's official motto for the ratification campaigns related to ILO C190 is "Ratify C190: For a world of work free from violence and harassment"; #C190: #ITCANCHANGELIVES.

[282] All EU Member States supported the objectives of the Convention and played a key role for its adoption whereas in the tripartite body proposing the Convention for adoption, no EU Member State voted against or abstained. See EU Council Decision (EU) 2024/1018 of 25 March 2024 inviting Member States to ratify the Violence and Harassment Convention, 2019 (No 190) of the International Labour Organization.

December 2023), pp.93-109, in https://edoc.coe.int/en/violence-against-women/12132-thematic-perspectives-on-the-implementation-of-the-istanbul-convention.html (25.05.2029).

ILO CEACR (2022), 'International labour standards and human rights Extracts from the General report of the 2022 Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (published 2023)', in https://www.ilo.org/sites/default/files/2025-02/CEACR%202022%20-%20ILS%20and%20human%20rights-published%202023-En.pdf (25.05.2025).

KJERUF THORGEIRSDÓTTIR, H. (2019) 'Protection from victimisation in the workplace: Comparative EU-Icelandic perspectives', European Equality Law Review (EELR) 2019/1, pp. 44-59, in https://www.equalitylaw.eu/downloads/4930-european-equality-law-review-1-2019-pdf-1-051-kb (25.05.2025).

KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS, Sophia, 2016, "Austerity v. Human Rights: Measures Condemned by the European Committee of Social Rights in the Light of EU Law" in *Europe`s Social Rights under the Turin Process,* J. Luther, L. Mola (eds), Editoriale Scientifica Napoli, Napoli, pp. 29-43.

NUMHAUSER-HENNING, Ann, LAULOM Sylvaine, 2012, *Harassment related to Sex and Sexual Harassment Law in 33 European Countries - Discrimination versus Dignity,* European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, in https://www.equalitylaw.eu/downloads/4541-harassment-related-to-sex-and-sexual-harassment-law-in-33-european-countries (25.05.2025).

PETROGLOU, Panagiota, 2019, "Sexual harassment and harassment related to sex at work: time for a new directive building on the EU gender equality acquis", European Equality Law Review 2019/2 in https://www.equalitylaw.eu/downloads/5005-european-equality-law-review-2-2019-pdf-3-201-kb (25.05.2025).

SICILIANOS, Linos-Alexander, 2025, «Εισαγωγή» (Introduction) in *Ευρωπαϊκή Σύμβαση Δικαιωμάτων του Ανθρώπου Ερμηνεία κατ' άρθρο Δικαιώματα – Παραδεκτό – Δίκαιη ικανοποίηση – Εκτέλεση»* (*The European Convention on Human Rights – 3rd ed. Commentary by Article: Rights – Admissibility -Just satisfaction – Execution),* Linos-Alexander Sicilianos (general editor), Nomiki Vivliothiki, Athens, pp. 4-18.

Los costos y las consecuencias de la violencia contra la mujer en los entornos social, médico, legal y laboral. La experiencia de Rumanía y España

Conf. Univ. Dr. Lavinia-Mihaela VLĂDILĂ[283]

[283] Profesora titular desde 1999 de derecho penal general y derechos humanos en licenciatura y máster en la Facultad de Derecho y Ciencias Administrativas de la Universidad de "Valahia" de Târgoviște, Rumania; abogada definitiva desde 2000 en el Colegio de Abogados del departamento de Dâmbovița. Cargos académicos**:** secretario científico del Departamento de Enseñanza a Distancia (marzo 2008 - noviembre 2011); directora interina y directora de lo mismo Departamento (mayo 2022 – mayo 2024); responsable de enseñanza a distancia de la Facultad de Derecho y Ciencias Administrativas (noviembre 2012 - hasta presente). Colaboradora del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de Ciudad

Resumen: *En la época, el fenómeno de la violencia sobre la mujer ya no es una situación ignorada por la sociedad. Sin embargo, su estudio involucra múltiples valencias pues presenta consecuencias y ramificaciones complejas, tanto por las personas directamente involucradas en el conflicto, como por sus allegados, pero también sobre la sociedad en su conjunto. Las últimas preocupaciones en materia de violencia contra la mujer en pareja (VMP) se centran en sus costos multidimensionales. La evaluación de costos está estrechamente relacionada con el análisis de las consecuencias de la violencia contra la mujer, ya que no podemos realizar un análisis de costos sin conocer todos los elementos integrados en este proceso, incluso en términos de efectos. Dependiendo de las consecuencias para la mujer, pero también en sus relaciones personales, así como en la comunidad y a nivel estatal, podemos hacer una estimación aproximada de los costos de la violencia en pareja. Al mismo tiempo, es importante saber a qué servicios puede recurrir una mujer agredida en esta situación y sus costes aproximados. El estudio proporciona una síntesis de los métodos de estimación de costes, así como una presentación exhaustiva de los costes de diferentes servicios en varios países del mundo, incluidos España y Rumania.*

Sumario: *1. Resumen; 2. Introducción; 3. Las consecuencias de la violencia contra la mujer sobre sí misma, sus niños y sobre la sociedad, en general; 4. Los costes de la violencia contra la mujer en distintos países del mundo, incluido España y Rumanía. Estimaciones: 4.1. Aspectos generales; 4.2. Métodos de estimación de costes; 4.3. Costes sociales y educativos; 4.4. Costes médicos; 4.5. Costes jurídicos; 4.6. Costes laborales. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.*

1. Introducción

El desarrollo de este tema comienza con una primera pregunta: ¿Por qué debemos preocuparnos por la situación de la violencia contra las mujeres en la pareja (VMP), sus efectos y costos?

Según estimaciones recientes de la Organización Mundial de la Salud (OMS), una de cada tres mujeres de entre 15 y 49 años ha sufrido al menos una forma de violencia; El 27% de las mujeres en todo el mundo, es decir, aproximadamente 641 Mill. de mujeres (OMS, 2021, p. XII), han sido sometidas a violencia física y/o sexual

---

Real desde mayo 2005. Actividad científica: 10 libros, en editoriales rumanas y extranjeras, en el dominio del derecho penal, jurisdicciones internacionales e historia constitucional rumana y más de 75 trabajos en revistas indexadas en base de datos internacionales (BDI), publicadas en revistas no indexada o presentadas en diferente conferencias nacionales e internacionales, en el dominio del derecho penal, derechos humanos e historia constitucional. Primera Tesis doctoral: doctora en historia de la Universidad de "Valahia" de Targoviste con el tema "*Las instituciones políticas rumanas entre 1919-1930*"; Segunda Tesis doctoral: doctora en ciencias jurídicas y sociales de la Escuela Internacional de Doctorado de la URJC, Madrid, España, con el tema "*El camino desde la violencia doméstica hasta la violencia de género en la normativa nacional, europea e internacional. La experiencia de España y Rumania*".

en la pareja, de las cuales el 25,4% de las mujeres en países de Europa occidental, el 29,8% en países de América Central y del Sur y el 37% en Europa meridional y oriental (OMS, 2013, p. 17). En los países de la UE, el 30,7% de las mujeres han sufrido alguna forma de violencia física, amenazas de violencia física o violencia sexual a lo largo de su vida (EIGE, 2025, p. 1). Sin embargo, la violencia contra las mujeres es motivo de preocupación, especialmente en América Latina, donde el feminicidio alcanza una de las tasas más altas a nivel mundial (Anglade, B.; Escobar, J., 2021, p. 2). Respecto a estos aspectos, se reporta que en los países de la UE la violencia en la pareja afecta predominantemente a las mujeres, con un porcentaje del 85% (EIGE, 2025, p. 2). Hasta la fecha, hemos realizado una serie de estudios sobre la naturaleza y las causas del VMP y más allá. Este estudio, sin embargo, se centra en los aspectos económicos. Pero ¿podemos ponerle precio al sufrimiento femenino? A través de la síntesis que realizaré, este estudio pretende destacar los aspectos mensurables de la violencia, tanto desde el punto de vista material, como moral.

No porque el sufrimiento femenino tenga un precio, sino para motivar a los factores de decisiones políticas a tomar las medidas necesarias para combatir el fenómeno y ser capaces de estimar los efectos de esas medidas (Morrison, A.R; Orlando, M.B., 2004, p. 6). Respecto a este último aspecto, cabe mencionar que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) realizó un estudio en 2019 que incluyó a 13.000 empresas de 70 países (OIT, 2019). Una de sus conclusiones fue que incorporar la dimensión de género en las políticas de empresa suponía incrementos de productividad de entre el 0,5 y el 20%, pero la mayoría de las empresas alcanzaban porcentajes entre el 10-15%. Hay empresas de marcas masculinas que promueven la concienciación sobre los efectos de la violencia de género entre sus clientes, creando así un efecto avalancha beneficioso (Allan A.; Conde, Ch., B.F.P., et al. 2019, p. 13).

Así como la falta de VMP produce efectos positivos, la presencia de VMP conduce a consecuencias negativas. Al respecto, la literatura especializada ha demostrado que este tipo de violencia tiene un efecto dominó, propagándose desde el nivel personal hasta el nivel macrosistémico. En su estudio de 2021, el EIGE estimó los costes del VMP en 152.000 Mill. euros en los países de la UE, excluido el Reino Unido (EIGE, 2021, pág. 5). Para Rumanía, la misma estimación realizada con datos recogidos hasta 2016 implicó unos gastos sólo en VMP de 4.300 Mill. euros/año, mientras que para España en el mismo periodo de tiempo la cantidad fue de 10.000 Mill. euros/año (EIGE, 2016).

Sin embargo, la preocupación sobre los efectos y costos del VFC es relativamente reciente y la necesidad de profundizar en el campo es mayor.

Entre 1988 y 2016, solo hubo 55 estudios en todo el mundo sobre los costos de la violencia de pareja contra las mujeres. De éstos, el 44% se centraron en los costos directos, el 49% se centraron tanto en los costos directos, como en los indirectos, y solo el 7% de ellos realizaron un análisis exhaustivo de todos los costos posibles (What Works, 2016; Ashe, S., Duvvury, N., Raghavendra, S., Scriver, S. y O'Donovan, D, 2016, pp. 3-4). A nivel de la UE, se llevaron a cabo tres estudios de este tipo en 2014, 2018 y 2021, mientras que en España se realizaron dos estudios de este tipo en 2019 y 2024, sobre dos aspectos: violencia de género y violencia sexual fuera de la pareja. En Rumania sólo existen estimaciones parciales de estos costes y no hay ningún estudio a gran escala.

Otra pregunta que marcará este estudio se refiere a ¿qué tan profundos, extensos y llamativos son los efectos del VMP? Una primera respuesta la da Carmen Martínez, Delegada del Gobierno contra la Violencia de Género en España: "*Una consulta médica; una operación para reparar una costilla rota, o dos; un equipo de agentes para vigilar que se cumpla una orden de alejamiento; una psicóloga que dará cita muchos días, durante muchos meses, durante años; una abogada de oficio para llevar un proceso que se extiende a lo largo de los meses; una baja laboral o dos bajas laborales, o tres, en una misma familia, por ansiedad, por depresión, por estar recuperándose de una paliza; los trabajos que se pierden o las clases que se abandonan. Todo lo anterior supone "dolor", pero también "dinero" ...*" (Valdés, I., El País, 2024). La respuesta más detallada a cuán significativos y profundos son estos costos es lo que queremos sacar a la luz a través de este trabajo.

2. Las consecuencias de la violencia contra la mujer sobre sí misma, sus niños y sobre la sociedad, en general

El impacto de la violencia sobre las mujeres no comienza y no termina con la violencia física, que es la más obvia y brutal. De hecho, antes de que se produzca tal violencia, se producen previamente toda una serie de fenómenos psíquicos; ellos pueden adoptar la forma de violencia psicológica, social o económica, que posteriormente puede derivar en violencia física o incluso sexual. Por supuesto, una mujer no experimenta todas estas formas de violencia, pero es posible que las enfrente.

Los efectos de la violencia doméstica ocurren principalmente en la mujer, pero también se extienden a las personas del entorno familiar, propagándose al nivel de las relaciones laborales y afectando su productividad en el trabajo, siguiendo difundiéndose en el entorno comunitario, por la limitación de las capacidades personales, por la presencia de traumas, y por la transmisión de modelos relacionales defectuosos, llegando incluso al nivel macrosistémico, a través de problemas de capital humano, pero también de productividad en general, aspectos que en última instancia influyen en el crecimiento económico (Nata Duvvury, N; Callan, A.; Carney, P.; Raghavendra, S., 2013, p. 5).

Estos efectos son distintos según el tipo de violencia y se producen tanto en el corto plazo como en el medio y largo plazo. Desde la perspectiva de la mujer agredida, las consecuencias observadas se reflejan tanto a nivel físico como psicológico o emocional (Vlădilă L.M., Tudorache M., 2019, pp. 535-537). Dependiendo del tipo de violencia las consecuencias varían. La violencia física y sexual causa inevitablemente disfunciones médicas en el cuerpo de la mujer, lesiones, pérdida del embarazo, parto prematuro, riesgo de que el bebé tenga bajo peso al nacer, si la mujer agredida está embarazada, riesgo de contraer enfermedades venéreas, incluso VIH, pudiendo llevar a su muerte (Dima, G.; Beldianu, I.F., 2015, pp. 72-73). Un informe de la OMS de 2013 muestra que el 42% de las mujeres sometidas a violencia de pareja sufrieron algún tipo de lesión física y el 38% de las mujeres agredidas fueron asesinadas por su pareja (OMS, 2013, pág. 29). Las violencias psicológicas, que pueden ir acompañadas de violencia social y económica, producen primero problemas emocionales, estrés, y con el tiempo, dependiendo de su duración, conduce también a efectos físicos, a trastornos de determinados sistemas, especialmente el digestivo, el reproductor y el endocrino, es decir, en zonas con especificidad femenina, lo que implica también un mayor grado de sensibilidad. Además, las consecuencias psicológicas de todas las formas de violencia se generan en el plazo inmediato, pero especialmente en el mediano y largo plazo, y pueden consistir también en insomnio, depresión[284], ataques de pánico, y en casos muy graves pueden llevar a tendencias suicidas (CNEPSS, 2018, pp. 4-5). Las mujeres que sufren violencia de pareja pueden tener problemas con el alcohol o el consumo de sustancias psicoactivas o drogas. Desde el punto de vista psicológico, un indicador constante que aparece en las mujeres maltratadas en la pareja

[284] Las mujeres que sufren violencia tienen el doble de probabilidades de sufrir depresión que otras mujeres.

es la baja autoestima, así como una evaluación personal inferior a la natural (Săndulescu, A; Popescu, A, p. 35; Marin, M., p. 38; Săndulescu I.O.; Săndulescu D.A., p. 45, 2007).

En los casos donde hay niños, aunque no sean directamente abusados, su presencia a discusiones y agresiones familiares a lo largo del tiempo genera en ellos perturbaciones emocionales, pero lo más grave es el efecto transgeneracional que crea la preponderancia de convertirse en víctimas o agresores en la edad adulta (Pollak, R., 2002, pp. 5-6). Los niños que presencian violencia suelen tener peores resultados escolares, lo que a largo plazo limita su futuro en el mercado laboral.

En cuanto a las consecuencias sobre la sociedad en general, la violencia en la pareja representa un obstáculo para el progreso económico, implica pérdida de ingresos, disminución de la productividad laboral, genera ausencias al trabajo, así como incremento de gastos por diversos servicios médicos, legales o de asistencia social, entre las más comunes, por mencionar solo algunas de ellas (Anglade, B.; Escobar, J., 2021, p. 3; Nata Duvvury, N; Callan, A.; Carney, P.; Raghavendra, S., 2013, pp. 1 y 3).

A nivel macroeconómico, estos costos aumentan con el tiempo, limitando el crecimiento económico y el uso de los recursos nacionales en el futuro (Raghavendra, S.; Kim, K.; Ashe, S.; Chadha, M.; Asante, F.; Piiroinen, P.T.; Duvvury, N, 2019, p. 1).

4. Los costes de la violencia contra las mujeres en distintos países del mundo, incluidos España y Rumanía. Estimaciones

4.1. Aspectos generales

Los estudios sobre los costos de la violencia de pareja contra la mujer datan principalmente después de 2004 y sólo en pequeña medida han abordado la relación entre ésta y el crecimiento económico.

En este sentido, cabe destacar que la propia definición de esta forma de violencia y el reporte de sus costos se realizó relativamente recientemente, siendo esto generado por la evolución terminológica de los conceptos de violencia doméstica y familiar hacia una diversidad cada vez mayor, la violencia de pareja separándose de estas formas clásicas en los últimos años (Drăgan, C., 2022, p. 194).

La literatura especializada divide los costos en directos e indirectos, tangibles e intangibles (Vara-Horna, A.A, 2020, pp. 13-14). Los costos directos se refieren a los gastos que se generan al satisfacer una necesidad u obtener un servicio; por ejemplo, dinero utilizado para pagar servicios médicos o legales (impuestos y/o honorarios), pero también para transporte, comida, alquiler. Los costos indirectos implican el esfuerzo realizado para cubrir las pérdidas o daños causados por la violencia, que pueden estimarse en tiempo y dinero. Los costos tangibles son costos materiales, evaluables en dinero o tiempo, como los gastos incurridos, pero también el tiempo perdido para recuperarse, los días de trabajo perdidos para resolver la situación, etc. Por el contrario, los costos intangibles son costos inmateriales, no patrimoniales, y la mayoría de las veces se expresan a través del sufrimiento experimentado, el dolor padecido, la disminución de la calidad de vida, el estado de inseguridad psicológica y material y los traumas vividos.

Los costos intangibles también se denominan AVAD (Años de Vida Ajustados por Discapacidad o Costos en Años para la Recuperación de Discapacidades de salud) (Nata Duvvury, N; Callan, A.; Carney, P.; Raghavendra, S., 2013, pág. 8). Éste es también un método para determinar estos costes, como veremos más adelante en este estudio.

Además, el análisis de costes difiere de un país a otro y en función de las categorías de datos estadísticos y de las posibilidades de recopilación de los mismos respecto a dichos costes, así como de la naturaleza de los costes tomados en cuenta. Por ejemplo, hay países, como Rumania, donde estos costes no han sido contabilizados por categorías y no existen informes nacionales sobre estos aspectos, por lo que los costes son muy relativos y estimados. Por otra parte, la base para reportar los costos difería de un país a otro e incluso de un estudio a otro: por ejemplo, un estudio realizado en Finlandia en 2021 excluyó los costos de servicios legales y sociales, considerando predominantemente los costos de los servicios médicos.

Otro desafío a la hora de evaluar los costos, independientemente del método utilizado, es que en muchos países la violencia en pareja a menudo está infradeclarada; además, es imposible o difícil contabilizar todos los servicios que utiliza una víctima de violencia en la pareja, y también es importante considerar que la misma persona puede utilizar múltiples categorías de servicios.

Al mismo tiempo, los costos generados por la disminución de la productividad laboral son difíciles de evaluar y dependen en gran medida de la capacidad de adaptación de la víctima, así como del trabajo que realiza.

4.2. Métodos de estimación de costes

La determinación de costos se realizó a través de varios métodos, ninguno de los cuales es infalible, presentando cada uno sus ventajas y desventajas (Morrison, A.R; Orlando, M.B., 2004, pp. 2-3).

En un estudio realizado por Corina Drăgan en 2022 en Rumanía, la autora analiza las diferentes categorías de costes incluidas en determinados países europeos, como España, Francia, Reino Unido, Noruega, Suecia, Dinamarca, Finlandia, Macedonia del Norte, Países Bajos, Suiza y Rumanía; el estudio no presenta la metodología utilizada para determinar estos costos, sino sólo los servicios para los cuales se tomaron en cuenta dichos costos. Luego de su lectura, se observa que el método de análisis de costos difiere de un país a otro, también por el simple hecho de que el método de protección a las mujeres víctimas de violencia de pareja es diferente, tanto a nivel legislativo, como administrativo, siendo distintos los servicios de apoyo ofrecidos a las víctimas.

La mayoría de los métodos utilizados en los distintos países, sin embargo, tuvieron en cuenta los costos resultantes del uso de los servicios sanitarios y jurídicos, a los que cada país añadió, según las particularidades nacionales, los costos relacionados con los servicios de asesoramiento psicológico, los costos de los servicios de asistencia social, los costos indirectos, como los generados por la muerte de las víctimas, o los costos intangibles, como el dolor, el sufrimiento o la pérdida o disminución de la productividad laboral, así como la pérdida de calidad de vida, que ya hemos mencionado (Drăgan, C., 2022, pp. 194 - 210).

Algunos estudios internacionales sobre la evaluación de los costos de la violencia de pareja mencionan la existencia de nueve categorías de enfoques. Los nueve métodos de evaluación fueron presentados en un estudio realizado por Ashe et al. en 2016, tras cuyo análisis, los investigadores mencionaron el método: contable, econométrico, de correspondencia de puntuaciones, de evaluación de la calidad de vida, de fracciones atribuidas a la población, de disposición a pagar, relación costo-beneficio, de presupuesto con perspectiva de género y de múltiples factores

económicos (Ashe, S. et al., 2016, p. 2). De estos, los más utilizados son los primeros cuatro.

El método contable se utiliza para evaluar los costos directos e indirectos, y consiste en multiplicar los costos estimados para una mujer por el número de mujeres que utilizaron un servicio en particular y luego sumarlos a los montos resultantes para otros servicios. Utilizando este método se estimaron los costos en varios países del mundo, como Australia (AUD$15.600 Mill. para 2021-2022), costos que incluyeron servicios médicos, muerte prematura, pérdidas de producción, pérdida de productividad, costos administrativos, así como costos de transferencia transgeneracional a niños en familias violentas, o Canadá (CAD$7.400 Mill., para 2012), costos que incluyeron servicios médicos, hospitalización, pérdida de impuestos, días de escuela perdidos por los niños, robo o destrucción de ciertos activos, pérdida de productividad.

El uso de este método tiene sus límites, ya que se subestiman los costos sociales o no se evalúan ciertos costos, lo que dificulta su uso en países en desarrollo, donde no hay datos de cada servicio o hay pocos servicios ofrecidos a las víctimas (Morrison, A.R; Orlando, M.B., 2004, p. 2, 9-10).

Se utilizó el método de técnicas econométricas para examinar el impacto de la violencia en la pareja sobre la salud de las mujeres maltratadas física y psicomentalmente, pero también en la educación de los niños y en el impacto en los ingresos en el hogar.

Implica el uso de técnicas de regresión, ya sea en uno, dos pasos o regresiones múltiples. Basándose en este método, algunos estudios han descubierto una relación directa entre los ingresos y la violencia que sufren las mujeres en sus relaciones. Por ejemplo, en Vietnam la brecha de ingresos entre las mujeres que no habían sido maltratadas y las que habían sufrido violencia de pareja era del 35% en 2012, en Chile del 34% y en Nicaragua del 46% (Ashe, S. et al., 2016, p. 5).

Este método también proporciona datos sobre las causas de la violencia, lo cual es un beneficio. Las causas varían de un país a otro, aunque también se han descubierto factores contribuyentes comunes. Por ejemplo, el consumo de alcohol por parte de la pareja fue un factor común en 5 o 6 de los 10 países analizados; la ocupación de la mujer, su edad al momento del primer matrimonio y las actitudes de las mujeres hacia los actos de violencia de pareja también importaron.

En otro estudio, los factores de riesgo identificados para China en 2004 incluían los celos de la pareja, las creencias patriarcales, el consumo de alcohol, los bajos ingresos de la mujer y el bajo estatus social del hombre (Ashe, S. et al., 2016, p. 5). Entre las desventajas descubiertas, según Morrison y Orlando, este método no configura con precisión los costos indirectos (Morrison, A.R; Orlando, M.B., 2004, p. 3).

El método de correspondencia de puntuaciones (PSM) supera las limitaciones del método anterior. PSM ayuda a descubrir las causas del fenómeno y determinar con mayor precisión los costos indirectos. En este sentido, el método ayudó a descubrir la tasa de desempleo en mujeres maltratadas o identificar sus problemas médicos, así como los efectos en los niños que viven en entornos violentos. En el estudio promovido por Morrison y Orlando en 2004, los autores encontraron, por ejemplo, que las mujeres maltratadas tienen ingresos significativamente más bajos que las mujeres no maltratadas, su tasa de empleo es mucho menor, hay un riesgo mucho mayor de sufrir pérdidas de embarazo o tener problemas durante el parto, y los hijos de esas mujeres tienen serios problemas de salud, como problemas respiratorios, infecciones, diarrea o fiebre (Morrison, A.R; Orlando, M.B., 2004, p. 11).

A estos métodos se añade un cuarto: el cálculo de la pérdida de calidad de vida, que implica calcular los efectos negativos de esta violencia en años, lo que se denomina, como ya hemos demostrado, AVAD. Este método evalúa principalmente los efectos médicos de este fenómeno. Los AVAD incluyen tanto los años que una mujer habría vivido si no hubiera sido sometida a violencia en la pareja, pero también los años perdidos como resultado de muertes prematuras (Remme, M.; Michaels-Igbokwe, C; Watts, Ch., 2015, págs. 18). El método fue aparentemente utilizado por primera vez por Heise, la autora del modelo ecológico de las causas de la violencia contra las mujeres, en 1994; ella descubrió que en todo el mundo se “pierden” alrededor de 9 millones de años cada año debido a violaciones y violencia doméstica, más que las muertes por todas las categorías de cáncer o de los accidentes de tráficos (Ashe et al., 2016, pág. 8).

Si bien es útil para identificar el impacto negativo del VMP en la sociedad, este método es más bien adyacente, ya que no proporciona evaluaciones concretas ni se centra en las causas y las posibles formas de combatir el fenómeno en debate.

Respecto a las estimaciones del EIGE en sus informes de los últimos 10 años, se utilizó el método de extrapolación de los resultados proporcionados por cálculos

exactos a nivel de Reino Unido al resto de estados miembros de la UE, en función de la población existente en cada estado (EIGE, 2021, p. 5).

Bajo el lema "¡La violencia de género nos cuesta a todos!", el EIGE estimó el coste total de la violencia de género en la UE en 2021 en 366.000 Mill. euros, de los cuales 151.000 Mill. euro se refieren estrictamente a la violencia sobre la mujer en la pareja.

En esta estimación total, Rumanía gasta aproximadamente 16.000 Mill. euros, España - 38.500 Mill. euro, Portugal - 8.400 Mill. euro, Francia - 55.100 Mill. euro y Alemania, aproximadamente, 68.100 Mill. euro (EIGE, 2021). Creo que podríamos utilizar estas cantidades para otras necesidades de los ciudadanos de la UE, aparte de frenar la violencia contra las mujeres, pero parece que ahora es el momento de estos gastos, ¡precisamente para entender que no podemos seguir así!

De mi punto de vista, es el método más empírico e impreciso, ya que no tiene en cuenta las particularidades de cada Estado, el tamaño de las VMP, ni tampoco los servicios ofrecidos a las víctimas en esos países, servicios que no coinciden del todo; además, las particularidades nacionales implican diferentes costes de estos servicios, porque lo que se puede comprar con una cierta cantidad de dinero en el Reino Unido puede ofrecer más o menos servicios de compra en otros países, dependiendo de su nivel de desarrollo económico.

En cualquier caso, más allá de la relatividad de las evaluaciones, las cifras son preocupantes, sea cual sea el método de cálculo.

A continuación, presentaré las diferentes categorías de costes más frecuentemente consideradas, a saber, los costes legales, sociales y educativos, las pérdidas sufridas en el trabajo y los costes médicos.

4.3. Costes sociales y educativos

Me impresionó descubrir que hay países donde los niños no pueden ir a la escuela debido a la violencia a la que están sometidas sus madres, en niveles difíciles de imaginar. En Pakistán, se estima que se perdieron más de 2,4 Mill. de días escolares y en Ghana aproximadamente 300.000 días de educación obligatoria por parte de niños cuyas madres fueron víctimas de violencia de pareja (What Works, Brief, 2020, págs. 4-5).

En España, los costes de los servicios sociales parecen ser los más bajos. También se incluyen la necesidad de mudarse a otra vivienda, los costos de la

mudanza, incluido el transporte. Las mujeres que utilizaron casas de acogida se beneficiaron de una media de 693 euros/persona, lo que representa el coste medio de la mudanza, que incluye reubicaciones intraurbanas, y otro coste de 13.594 €/6 meses/por persona, que representa el coste por plaza en una casa de acogida (Ministerio de Igualdad, 2024, pp. 247-248).

Para Rumanía, los costes de los servicios sociales son los más fáciles de estimar y los únicos en los que podemos hacer una estimación. Esto se debe a que en 2020 el Gobierno adoptó la Decisión núm. 426/2020 sobre la aprobación de normas de costes de los servicios sociales, repartidos entre los distintos tipos de centros de acogida, tanto para las víctimas como para los agresores.

Los montos se actualizaron periódicamente, asignándose recursos cada vez mayores. A continuación, hemos elaborado una tabla que muestra tanto los valores de estos costes como el importante incremento correspondiente a los centros de acogida, residencia e información destinados a estos servicios sociales. Sin embargo, los valores mostrados no expresan la magnitud del fenómeno, ni si el número de centros de este tipo ha aumentado de un periodo a otro, en comparación con 2020. Sin embargo, muestran el creciente interés por encontrar recursos y resolver el problema de la VMP.

Nr. Crt.	Costo por.../lei/año/un beneficiario	Junio 2020	Octubre 2022	Diciembre 2024
1.	Estándar de costos para centros de recepción en régimen de emergencia (refugios)	26.775	37.920	61.049
2.	Estándar de costos para centros de recuperación para víctimas de violencia doméstica	34.167	48.359	59.931
3.	Estándar de costos para viviendas protegidas para víctimas de violencia doméstica	34.167	48.359	59.931
4.	Estándar de costos para centros de prevención y combate a la violencia doméstica	33.371	42.310	52.105
5.	Estándar de costos para centros de servicios de información y sensibilización de la población	33.371	42.310	52.105
6.	Estándar de costos para centros de asistencia a agresores	33.371	42.310	52.105

Elaboración propia

4.4. Costes médicos

Del 30,7% de mujeres que han sufrido formas de violencia física y/o sexual en los países de la UE, ¡solo el 20,5% ha recurrido a servicios de apoyo médico para remediar su situación de salud tras las agresiones sufridas! (EIGE, 2025, pág. 1).

También en las evaluaciones del EIGE, el uso de servicios médicos representó solo el 0,9% de los costes totales de la violencia de género en la UE (EIGE; 2021); pero a estos costes habría que añadir los relacionados con el tratamiento del trauma emocional, cuya estimación porcentual asciende al 56% de todos los costes relacionados con la violencia de género, siendo en realidad el más amplio (EIGE, 2021).

Para España se han realizado dos categorías de estimaciones, una de las cuales incluye únicamente los costes para las mujeres que han sufrido violencia física y/o sexual, mientras que la segunda estimación añade a éstos los costes derivados del sufrimiento emocional y/o estados de miedo producidos. Así, los valores en el sistema sanitario para la segunda opción ascienden a 969,61 Mill. euros, de los que 739,66 Mill. se destinan a procesos asistenciales, 18,72 Mill. a costes farmacéuticos y 211,23 Mill a servicios psicosociales, actividades formativas y políticas de prevención integral.

Estos costos incluían consulta de atención primaria, como médico y enfermería, consulta de atención especializada, como consulta ambularías, hospitalización, urgencias y tratamientos móviles y tratamientos de psicoterapias (Ministerio de Igualdad, 2024, pp. 233-242).

4.5. Costes legales

Esta categoría de costos introduce al debate otro problema muy común a la hora de evaluar tanto los costos de la VMP, como la magnitud del fenómeno en sí, a saber, el subregistro de los casos de VMP. El subregistro de las violencias por las mujeres es resultado de diversas causas, como: el sentimiento de vergüenza de ser víctima, la dependencia económica del agresor, en ocasiones, la falta de recursos económicos suficientes para acceder al sistema judicial o incluso la falta o el difícil acceso a dicha información.

Lamentablemente, las estadísticas confirman esta actitud; si consideramos sólo los países de la UE en los últimos años, encontramos que sólo el 13,9% de las mujeres víctimas de violencia en la pareja denunciaron las agresiones a la policía.

Según las evaluaciones del EIGE, para los Estados miembros de la UE, los costes judiciales representan el 21% de los costes totales de la violencia de género (EIGE, 2021), pero estos pueden variar mucho de un país a otro.

En España, donde disponemos de muchos datos, con la ventaja de poder ordenarlos por diversos criterios, se presentaron más de 30.000 solicitudes de órdenes de protección entre 2014 y 2022[285]. De éstos, el porcentaje de solicitudes aceptadas varía entre el 57-71%.

Todo esto implica unos costos elevados, que se contabilizan por dominio; para el año 2022, en una de las tres estimaciones, las cifras en España muestran que se realizaron los siguientes gastos por: asistencia jurídica - 31,01 Mill. euros; Servicios policiales - 416,21 Mill. euros en la versión en la que se estimaron los costos solo con personal policial dedicado exclusivamente a actos VMP, o 804,92 Mill. euros si se tuvieran en cuenta los valores en euros generados por los gastos incurridos por cada delito; otros servicios relacionados con la actuación judicial – 146,92 millones de euros; servicios penitenciarios – 138,95 Mill. euros, alcanzando un coste total de 733,09 Mill. euros en la primera variante, o 1.121,800 Mill. euros en la segunda variante.

Dependiendo del método utilizado para su cálculo, el porcentaje promedio de costos legales alcanza el 48,53%, lo que representa el porcentaje más alto de costos entre todos los servicios ofrecidos a las mujeres víctimas de violencia de género sobre la mujer (Ministerio de Igualdad, 2024, pp. 242-247).

Para Rumanía, en estos años, no se pueden estimar los costes judiciales, ya que no existen estadísticas al respecto. Si nos referimos al número de órdenes de protección, encontramos en la información proporcionada por la Policía rumana, que durante los primeros 6 meses de 2024, la policía intervino en más de 60.000 casos de violencia doméstica, para los cuales los tribunales emitieron 6.048 órdenes de protección, de las cuales 2.499 procedían de órdenes de protección provisionales.

Según las estadísticas de la Policía rumana, los casos de violencia aumentaron un 4% en comparación con el mismo período de 2023. Sin embargo, nunca se ha realizado la evaluación de los costes judiciales.

En 2022, la Agencia Nacional para la Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres de Rumania ha hecho público los costos relacionados con la necesidad de

[285] Estos procesos tienen un carácter exclusivamente penal en España, a diferencia de Rumanía, donde son procesos civiles, pero es obligatoria la participación del fiscal.

mejorar el sistema de seguimiento para el cumplimiento de las órdenes de protección, a través de la compra nacional de pulseras electrónicas para agresores. En este sentido, en 2021 se destinaron 241 Mill. lei (48,2 Mill. euros), en 2022 se gastaron 32 Mill. lei (6 Mill. euros) para la compra de 964 kits de monitorización, por lo que para este año (2025) se pretende la compra de un total de 15.000 sistemas de este tipo, lo que supondría aproximadamente 498 Mill. lei (casi 100 Mill. euro) (ANES, 2022).

4.6. Costes laborales

Un estudio realizado en Ghana, Pakistán y Sudán del Sur sobre los costos de la violencia de pareja contra las mujeres (What Works, Brief, 2020, págs. 4-5) encontró que en Ghana, el número de días laborales perdidos por todas las mujeres que fueron maltratadas por su pareja fue de 64 millones de días al año, representando el número de días que habrían trabajado el 4,5% de las mujeres de este país en un año, mientras que en Sudán del Sur el número de días perdidos fue de 8,5 millones al año, equivalente al 6% del número de días trabajados por la población femenina en el mismo período de tiempo.

A nivel individual, en Pakistán una de cada siete mujeres necesita días libres para lidiar con problemas relacionados con la violencia de pareja, lo que supone 17 días de trabajo perdidos al año; en el mismo informe, en Sudán del Sur una de cada cuatro mujeres necesita días libres para resolver estos problemas, lo que supone una pérdida de 10 días al año. A nivel hogar, las pérdidas materiales ascendieron a 286 Mill. dólares en Ghana y a 146 Mill. dólares en Pakistán, lo que coloca la familia en un importante riesgo de pobreza, dado que los ingresos diarios son de unos pocos dólares. Aunque en estos tres países las mujeres quieren trabajar, en muchos casos abandonan el trabajo sea porque sus maridos no se lo permiten, sea para evitar sus agresiones.

En España, para el año 2022, los costes aproximados de afectación a la vida laboral ascendieron al 25% del total, dado que hubo 524.557 mujeres sometidas a violencia física, sexual, emocional y miedos de todo tipo. En una de las tres estimaciones realizadas, el valor en euros de estos costes ascendió a 585,14 Mill. euros.

Los valores más importantes que componen esta cantidad resultaron del aumento de inactividad y paro (131,38 Mill. euro), penalizaciones salariales por cuestiones médicas y legales (125,07 Mill. euro), bajas laborales por lesiones físicas y salud mental (202,88 Mill. euro), disminución de la productividad debido a retrasos y

distracción (43,68 Mill. euro), gestiones administrativas de empleadores (17,58 Mill. euro) y prestaciones por pérdida de empleo (7,45 Mill. euro) (Ministerio de Igualdad, 2024, pp. 219-233).

Respecto a las estimaciones realizadas por el EIGE para 2021 a nivel de la UE, de los costes relacionados con la VMP a nivel de la UE, el 14% representan los costes incurridos a nivel económico (EIGE, 2021).

5. Conclusiones

Las ideas principales que se desprenden de toda documentación realizada, muestran los altísimos costos que supone encubrir la violencia contra las mujeres en las relaciones de pareja, en todo el mundo. En países de América Latina o África, estos costos son mayores porque la mentalidad patriarcal aún persiste y la violencia contra la mujer está extremadamente extendida y es aceptada, incluso por las mujeres. Pero, más allá de esas zonas, el propio viejo continente sufre literalmente los costes del VMP, sin que ninguna zona y ningún país esté absolutamente a salvo de este fenómeno, por muy valioso o desarrollado económicamente que sea.

Como he señalado, dar rostro a estas violencias a través de sus costes tiene el papel de motivar a los responsables políticos a tomar medidas para limitar el fenómeno, incluso desde un punto de vista educativo.

Los efectos que produce el fenómeno VFC son pandémicos, y afectan no sólo a la propia mujer, sino también a su entorno familiar, a su lugar de trabajo, a la comunidad de donde proviene y al propio país.

Si bien los métodos de cálculo de costos no son idénticos y pueden generar estimaciones diferentes, los costos descubiertos no son nada alentadores para la sociedad en la que vivimos.

Los más obvios son los costos médicos, legales y de servicios sociales; pero a éstas se suman los costos educativos, los producidos por la ausencia en el trabajo o por la disminución de la creatividad y la productividad en el trabajo, así como las estimaciones de años de vida perdidos como consecuencia de los problemas de salud que la mujer víctima lo presentan.

Si en los primeros años cuando este fenómeno empezó a convertirse en un problema importante a nivel nacional y europeo, las estadísticas mostraban un número de mujeres muertas o un número de órdenes de protección, cuando empezamos a

calcular sus costes, las cifras aumentan enormemente y así entendemos en otra dimensión la magnitud del fenómeno VMP.

En cuanto a Rumanía, creo que las conclusiones más edificantes son las presentadas en el último Informe GREVIO sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres, según el cual el Grupo de Expertos recomendó a Rumanía (puntos 55 y 56): - aumentar el presupuesto asignado a la prevención y la lucha contra la violencia contra la mujer, reforzando al mismo tiempo la evaluación de los recursos financieros necesarios a tal efecto, así como el seguimiento de los gastos reales; - el seguimiento de los gastos reales y la evaluación de los progresos realizados, incluso mediante la presupuestación con perspectiva de género; - y reducir la dependencia financiera de fuentes externas, como los fondos noruegos, para demostrar responsabilidad financiera en la implementación del Convenio de Estambul (Informe GREVIO, 2022, p. 20). Estas recomendaciones son conforme con las múltiples observaciones realizadas por varios investigadores nacionales sobre la dificultad de estimar verdaderamente los costos de la violencia de pareja contra las mujeres en Rumania, debido a múltiples factores.

Con relación a España, aunque este país ha representado y sigue siendo un modelo para muchos otros, todavía se pueden mejorar las cosas; las estimaciones de costes por cada dominio son una prueba del compromiso político y social en la lucha contra el fenómeno, pero éste debe mejorarse mediante la educación y la adopción de las medidas judiciales más adecuadas.

Bibliografía:

***, Brief Evidence, Economic & social costs of VAWG, What Works, 2020, en la web https://www.whatworks.co.za/documents/publications/378-10912-nuig-gillian-8pg-vagw-web-10032020/file;

***, Ficha temática - Costs of violence against women, What Works, 2016, en la web https://www.whatworks.co.za/documents/publications/48-costs-of-violence-against-women-an-examination-of-the-evidence/file;

***, Fichas temáticas, Combatir la violencia contra las mujeres, ESPAÑA, EIGE, 2016, en la web https://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/2016.5476_mh0216771esn_pdfweb_20170428110933.pdf

***, Fichas temáticas, The costs of gender-based violence in the European Union, EIGE, 2021, en la web https://eige.europa.eu/gender-based-violence/costs-of-gender-based-violence;

Allan, A.; Conde, Ch., y otros, How business can tackle gender based violence in the world of work, 2019, en la web https://documents1.worldbank.org › curated › pdf;

Análisis de situación - CNEPSS - Centro Nacional de Evaluación y Promoción de la Salud, en el sitio web - https://insp.gov.ro/sites/cnepss/wp-content/uploads/2018/11/Analiza-de-situatie-Violenta-2018.pdf (consultado el 21.04.2025);
Anglade, B; Escobar, J., Effect of Violence against Women on Victims and their Children. Evidence from Central America, the Dominican Republic, and Haiti, Inter-American Development Bank, Felipe Herrera Library, 2021., en la web https://publications.iadb.org/en/effect-violence-against-women-victims-and-their-children-evidence-central-america-dominican;
Ashe, S., Duvvury, N., Raghavendra, S., Scriver, S., and O'Donovan, D, Costs of Violence Against Women: An Examination of the Evidence Working Paper No. 2, What Works, 2016, en la web https://www.whatworks.co.za/documents/publications/68-authors-ashe-s-duvvury-n-raghavendra-s-scriver-s-and-o-donovan-d/file;
Ashe, S.; Duvvury, N.; Raghavendra, S.; Scriver, S.; O'Donovan, D., Methodological approaches for estimating the economic costs of violence against women and girls, What Works, 2016, en la web https://www.whatworks.co.za/documents/publications/90-methodological-approaches-for-estimating-the-economic-costs-of-vawg/file;
Dima, G.; Beldianu, I.F., Violencia doméstica: la intervención coordinada del equipo multidisciplinario. Manual para especialista, Ed. de Vest, 2015.
Drăgan C., Analiza costurilor determinate de violența domestică (Análisis de los costos de la violencia doméstica), en en libro coordinado por Zamfir, E.; Ilie, S.; Fitzek, S., Violenţa domestică în România în contextul Pandemiei. Riscuri şi politici de support (Violencia doméstica en Rumania en el contexto de la pandemia. Riesgos y políticas de apoyo) (Raport Social ICCV), Pro Universitaria, 2022;
EIGE, Counting to counter gender-based violence: Improving the collection of disaggregated administrative data, 2025, en la web https://eige.europa.eu/publications-resources/publications/counting-counter-gender-based-violence-improving-collection-disaggregated-administrative-data;
https://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/2016.5476_mh0216771esn_pdfweb_20170428110933.pdf;
ICF Consulting Services Ltd, The costs of gender-based violence in the European Union, EIGE, 2021, en la web https://eige.europa.eu/publications-resources/publications/costs-gender-based-violence-european-union;
ILO, The Case for Change, ILO Women in Business Report Executive Summary, 2019, en la web https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_700964.pdf;
Impacto de la violencia de género y de la violencia sexual contra las mujeres en España (II): una valoración de sus costes en 2022: Ministerio De Igualdad, 2024, NIPO 048-24-002-4;
Marin, M., "Las causas y consecuencias de la violencia en familia", en Stancu, T.; Odorica, C., Violența în familie – prevenire și combatere (Violencia familiar – prevención y control), Ed. Sitech, 2007;
Săndulescu, I.O.; Săndulescu, D.A., "Las consecuencias de la violencia sobre las mujeres", en Stancu, T.; Odorica, C., Violența în familie – prevenire și combatere (Violencia familiar – prevención y control), Ed. Sitech, 2007;

Michelle Remme, M.; Michaels-Igbokwe, C; Watts, Ch., What Works to Prevent Violence against women and girls evidence reviews Paper 4: Approaches to scale-up and assessing cost-effectiveness of programmes to prevent violence against women and girls, What Works, 2015, en la web https://www.whatworks.co.za/documents/publications/38-2-global-evidence-reviews-paper-4-approaches-to-scale-up-and-assessing-cost-effectiveness-of-programmes-to-prevent-violence-against-women-and-girls/file;

Morrison, A.R; Orlando, M.B., The costs and impacts of gender-based violence in developing countries: Methodological considerations and new evidence, Washington, DC: World Bank, 2004, en la web http://documents.worldbank.org/curated/en/442281468339624395;

Nata Duvvury, N; Callan, A.; Carney, P.; Raghavendra, S., Intimate partner violence: economic costs and implications for growth and development, The World Bank, 2013, en la web https://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/Gender/Duvvury%20et%20al.%202013%20Intimate%20Partner%20Violence.%20Economic%20costs%20and%20implications%20for%20growth%20and%20development%20VAP%20No.3%20Nov%202013.pdf;

OMS, LSHTM, SAMRC. Global and regional estimates of violence against women: prevalence and health impacts of intimate partner violence and non-partner sexual violence, 2013, en la web https://www.who.int/publications/i/item/9789241564625;

OMS, Violence against women prevalence estimates, 2018: global, regional and national prevalence estimates for intimate partner violence against women and global and regional prevalence estimates for non-partner sexual violence against women, 2021, en la web https://www.who.int/publications/i/item/9789240022256;

Pollak, R.A., An intergenerational model of domestic violence, Working Paper 9099 http://www.nber.org/papers/w9099, National Bureau Of Economic Research, 2002;

Raghavendra, S.; Kim, K.; Ashe, S.; Chadha, M.; Asante, F.; Piiroinen, P.T.; Duvvury, N., The Macroeconomic Loss Due to Violence against Women and Girls: The Case of Ghana, 2019, Economics Working Paper Archive wp_939, Levy Economics Institute, en la web https://ideas.repec.org/p/lev/wrkpap/wp_939.html.

Recomandările GREVIO privind implementarea Convenției Consiliului Europei privind prevenirea și combaterea violenței împotriva femeilor și a violenței în familie de către România (Recomendaciones de GREVIO sobre la aplicación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica por parte de Rumanía), 2022, en la web https://rm.coe.int/final-report-on-romania/1680a6e439;

Săndulescu, A.; Popescu, A., "El perfil de la familia violenta", en Stancu, T.; Odorica, C., Violența în familie – prevenire și combatere (Violencia familiar – prevención y control), Ed. Sitech, 2007;

Vara-Horna, A.A., Los costos-país de la violencia contra las mujeres en Ecuador, PreViMujer, GIZ, 2020, en la web https://www.researchgate.net/publication/345902502_Los_costos_pais_de_la_violencia_contra_las_mujeres_en_Ecuador;

Vladés, I., La violencia machista y sexual le cuesta a España 4.933 millones de euros al año, în El País, no. del 15 de febrero 2024;

Vlădilă, L.M., Tudorache, M., “The analysis of the forms of violence within family relations”, en el Suplemento de la Revista Valahia University Law Study, no. 32/2019.

EL CONVENIO Nº 190 DE LA OIT Y LA NO DISCRIMINACIN EN CHILE - LA LEY 21.643 (LEY KARIN)

HECTOR HUMERES NOGUER[286]

INTRODUCCION

Nuestra Sociedad actual se enfrenta al fenómeno de la violencia en un amplio arco de manifestaciones, siendo una de las más relevantes de ellas la del entorno laboral violento, lo que implica una circunstancia del todo relevante en lo referido a la seguridad y salud en el trabajo.

Las relaciones laborales deben fundarse en un trato libre de violencia, que sean compatibles con la dignidad de la persona y con perspectiva de género, lo que implica la adopción de medidas tendientes a promover la igualdad y a erradicar la discriminación basada en dicho motivo

Dadas dichas premisas, deben considerarse como contrarias al objetivo señalado, entre otras conductas las de acoso sexual, acoso laboral y la violencia en el trabajo.

La primera de ellas involucra los requerimientos indebidos y no consentidos por quien los recibe, de carácter sexual, que en forma indebida, realice una persona y que amenacen o perjudiquen la situación laboral o las oportunidades de empleo de ésta.

La segunda implica cualquier agresión o hostigamiento por cualquier medio que ejerza un empleador o uno o más trabajadores en contra de otro u otros, ya sea que ocurra por una vez o bien de manera reiterada, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación o que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades de empleo.

Finalmente, la violencia en el trabajo esta referida a aquellas conductas que afecten a los trabajadores con ocasión de su prestación de servicios, ya sea por parte de clientes, proveedores o usuarios o terceras personas.

ADOPCION DE LA CONVENCION Y RATIFICACION DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

[286] Abogado. Profesor titular Facultad de Derecho Universidad de Chile. Presidente ILERA Chile.

La Organización Internacional del Trabajo, durante su Conferencia anual correspondiente al año 2019, se preocupó especialmente del tema de la violencia en el trabajo, lo que la llevo a aprobar tanto el Convenio 190 como la Recomendación 206, que acompaña a éste, en una clara demostración de que la comunidad internacional estaba por la erradicación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

Ellas constituyeron las primeras normas laborales de carácter internacional, sobre esta materia, las que vinieron a proporcionar un marco común para prevenir, remediar y eliminar la violencia el acoso en el mundo del trabajo, incluidos la violencia y el acoso por razones de género.

Así, por vez primera, se estableció en el ámbito del derecho internacional el reconocimiento especifico del derecho que le asiste a toda persona a acceder a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, debiendo respetarse, promoverse y asegurarse el disfrute de este derecho.

El Convenio 190 establece el primer concepto internacional de violencia y acoso en el mundo laboral, avanzando también una definición por razón de género (art.11), lo que servirá de orientación a las diversas legislaciones nacionales, no estableciendo una línea divisoria entre comportamientos, sino buscando referirse a un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables y propiciando una protección contra éstos.

Esta concepción omnicomprensiva abarca no solamente a los trabajadores asalariados, sino que a todas las personas que trabajan y aquellas que se encuentran en proceso de formación, como asimismo a los trabajadores despedidos, los voluntarios, aquellos que buscan empleo y, también a los individuos que ejercen la autoridad o funciones y responsabilidades de un empleador.

Asimismo, en lo referido a su ámbito de aplicación, hace extensiva su aplicación a todos los sectores, tanto público como privado, rural o urbano, y provenientes de la economía formal o informal, debiendo además, considerarse que las conductas infraccionales pueden encontrarse referidas a terceros, ya sea con calidad de víctimas o autores (arts. 2 y 4)

Los instrumentos en referencia se aplican a la violencia y al acoso que tienen lugar: a) durante el trabajo, en el lugar de trabajo, comprendiendo los espacios públicos y privados cuando estos son considerados como tales, abarcando el lugar donde se paga la remuneración, o se toman los descansos o la alimentación o en aquellos en que se utilizan instalaciones sanitarías o de aseo y en los vestuarios.

b) en relación con el trabajo o como resultado de éste, incluyendo desplazamientos, viajes, alojamientos, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo, así como los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo

c) o como resultado de este, abarcando el marco de las comunicaciones relacionadas con el trabajo, incluidas aquellas realizadas por medio de las tecnologías de la información y de la comunicación. (art. 3).

La protección se basa en la adopción de un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género, a fin de evitar y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

Para ello se consideran medidas tanto en el plano de la prevención, como el de la protección, control de su aplicación, reparación, orientación, formación y sensibilización. Esto exige que los Miembros que adopten el Convenio reconozcan las funciones y atribuciones diferentes y complementarias de los Gobiernos y de los Empleadores y de los Trabajadores, así como de sus organizaciones respectivas, tenido en cuenta la naturaleza y el alcance de las variables de sus responsabilidades respectivas.

La protección que promueve el Convenio tiene un enfoque inclusivo, sobre la base de que toda persona tiene derecho a desenvolverse en un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, haciendo especial hincapié en determinados grupos que se observan como desproporcionadamente afectados o expuestos, respecto a los cuales es necesario proporcionar una mayor cantidad de información y herramientas y material de formación, en formatos que sean fácilmente accesibles por éstos.

También se pretende un enfoque integrado, que tienda a prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, lo que hace necesario abarcar todos los ámbitos, inclusive a través de la legislación y las políticas relativas al trabajo, la igualdad y la no discriminación, la seguridad y la salud en el trabajo, la migración y el ámbito penal, y con la utilización de la negociación colectiva.

Especial relevancia cobra el aspecto vinculado a las consideraciones de género, ya que se estima que las mujeres son particularmente vulnerables a la violencia y al acoso en el mundo del trabajo. En dicho sentido, las medidas que se adopten deben tener en especial consideración en cuenta esta circunstancia y abordar las causas subyacentes conexas, como asimismo, las formas múltiples interrelacionadas de discriminación, las relaciones de poder desiguales por razones de género, los

estereotipos de este, y las normas sociales y culturales que apoyan la violencia y el acoso. Igual cuidado debe tenerse en relación con la mitigación del impacto que pueda producir la violencia doméstica en el mundo del trabajo.

El Convenio y la Recomendación reconocen que para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo los Miembros deben respetar promover y llevar a efectos los principios y derechos fundamentales en el trabajo y fomentar el trabajo decente (art. 5)

En relación con la igualdad y la no discriminación, el Convenio exige que los Miembros adopten una legislación y políticas que garanticen el derecho a la igualdad y a la no discriminación, incluyendo a los trabajadores y otras personas pertenecientes a uno o varios grupos vulnerables o a grupos en situación de vulnerabilidad que se encuentren afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (art.6).

Esta referencia ultima debería ser interpretada de conformidad con las normas internacionales del trabajo y los instrumentos sobre derechos humanos aplicables al efecto.

Asimismo, deberían adoptarse medidas legislativas específicas para proteger a los trabajadores migrantes y, particularmente, a las trabajadoras en dicha condición.

En lo concerniente a la prevención y a la protección, los países Miembros tienen la obligación de definir y prohibir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo en su legislación interna y la adopción las medidas que fueren apropiadas para prevenirlos (art. 8).

En todo caso, dichas medidas no deberían representar restricciones ni la exclusión de la participación de las mujeres y de otros grupos en determinados empleos, sectores u ocupaciones.

Las medidas de prevención deben incluir, además, la identificación de los sectores u ocupaciones y de las modalidades de trabajo en los que los trabajadores y otras personas concernidas se encuentren más expuestas a la violencia y al acoso, y la protección de dichas personas; dicha identificación debe ser efectuada en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores concernidas y por otros medios.

Debe entenderse, para estos efectos, como trabajos más expuestos el de carácter nocturno, el que se efectúa en forma aislada, el correspondiente al sector de la salud, el hotelería, los servicios sociales, los de emergencia, el trabajo doméstico, el transporte, la educación y el ocio.

El Convenio asigna también especial importancia a la labor de las autoridades públicas en lo que respecta a la prevención de la violencia y el acoso respecto de aquellos trabajadores que se desempeñen en la economía informal, debiendo facilitarles los recursos y asistencia que fueren necesarios en su transición a la economía formal.

En lo concerniente a las responsabilidades de los empleadores, el Convenio plantea que la legislación pertinente debe exigir a éstos la adopción de las medidas apropiadas y acordes con un grado de control suficiente para prevenir la violencia y el acoso, en la medida que estas fueren razonables y factibles, adoptada y aplicada en consulta con los trabajadores y sus representantes.

En el sentido señalado, se recomienda el establecimiento de una declaración de tolerancia cero, programas de prevención, definición de derechos y obligaciones tanto de empleadores como de trabajadores, cuidando que las comunicaciones relacionadas con incidentes de violencia y acoso sean tomadas debidamente en consideración y que se adopten las medidas pertinentes, y que contengan información suficiente acerca de los procedimientos de presentación de quejas e investigación, con una adecuada definición del derecho a la privacidad e incluir medidas de protección frente a la victimización o a las represalias.

Asimismo, deben contemplarse sistemas de gestión de seguridad y salud en el trabajo que tengan en cuenta la violencia y el acoso y los riesgos psicosociales asociados a estos, como igualmente la identificación de los peligros y la evaluación de los riesgos vinculados a la violencia y al acoso, con la participación de los trabajadores y sus representantes, y la adopción de medidas para prevenir y controlar dichos riesgos; dicha evaluación debería tener en cuenta los factores particulares que aumentan las posibilidades de violencia y acoso.

Se menciona también que debería colocarse especial atención en lo tocante a la información y capacitación, y, en particular, acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso, las medidas de prevención y protección correspondientes, y los derechos y responsabilidades de los trabajadores y otras personas concernidas.

En cuanto al control de la aplicación del Convenio, este establece que asegurar dicha circunstancia resulta fundamental para responder a los casos de violencia y acoso una vez que estos han ocurrido, de modo de evitar de nuevo su ocurrencia.

Con dicha finalidad, el Convenio prevé que los países miembros hagan un seguimiento y control de aplicación de la legislación pertinente, garantizando un fácil

acceso a los mecanismos de solución de conflictos y que estos sean seguros, equitativos y eficaces, mencionándose como tales a los procedimientos de presentación, tales como procedimiento de quejas e investigación, mecanismos de solución de conflictos en el lugar de trabajo, debido acceso a tribunales.

Deben asimismo, adoptarse medias de protección a los querellantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias; igualmente, deben preverse las sanciones para los casos de violencia y acoso. (art.10)

El Convenio se preocupa igualmente del resguardo debido al derecho de las personas a la privacidad y a la confidencialidad de los procesos y el establecimiento de los recursos, vías de reparación y asistencia eficaces y apropiadas, así como medidas de asistencia jurídica, social, médica y administrativa para los querellantes y las víctimas.

De igual manera, se consigna que entre las medidas de reparación, pueden establecerse el derecho a dimitir y percibir una indemnización, la readmisión del trabajador, indemnizaciones apropiadas, órdenes de aplicación inmediata y pago de honorarios de asistencia jurídica y costas.

Agrega que en lo referente a los mecanismos de presentación de quejas y resolución de conflictos, deberían establecerse tribunales especializados, tramitaciones expeditas la inversión de la carga de la prueba, como asimismo servicios de asesoramiento, de emergencia, centros de tratamiento médico y de crisis, incluidos centros de acogida y unidades especializadas de policía y agentes con formación específica.

También establece el Convenio el deber del Estado miembro de orientar, formar y sensibilizar a nivel nacional, a fin de asegurar la prevención y eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, configurando al respecto políticas nacionales, incluyendo aquellas relativas a la seguridad y salud en el trabajo, la igualdad, la no discriminación, la migración y el género. (art. 11).

Dichas políticas deben considerar campañas publicas destinadas a fomentar los lugares de trabajo seguros, salubres y armoniosos, así como campañas que destaquen que la violencia y el acoso son inaceptables, denuncien las actitudes discriminatorias y prevengan la estigmatización de las víctimas, los denunciantes, los testigos y los informantes.

De lo anteriormente descrito es dable observar que tanto el Convenio 190 como la Recomendación 206 representan un conjunto de normas sólido y de gran alcance

internacional. El convenio ha sido ratificado por 36 países a la fecha, 11 de ellos de América Latina y El Caribe, contándose entre ellos a Chile, quien lo hizo el 8 de marzo de 2023, entrando en vigor el 12 de junio del mismo año.

ANALISIS DEL CONTEXTO GENERAL DE LA SITUACION DE VIOLENCIA EN EL PAIS. CAUSAS Y TIPOLOGIA

A nivel nacional, es necesario mencionar y considerar que las investigaciones sobre violencia en el trabajo muestran que ésta se ha instalado de forma permanente y que afecta mayoritariamente a las mujeres, según lo demuestran diversos estudios efectuados sobre la materia, los que respecto al acoso psicológico que la exposición es, aproximadamente, de un 9,7% en hombres y de un 12,3% en mujeres.

En Chile existen documentos que permiten normar y abordar la temática del acoso psicológico en el trabajo; entre ellos se encuentran: el Código de Buenas Prácticas Laborales (CBPL) de la Dirección Nacional del Servicio Civil (2006); la Ley 20.607 que modifica el código del trabajo, sancionando las prácticas de acoso laboral (2012); el Protocolo de vigilancia de los riesgos psicosociales (2013) y la Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Subsecretaría de Previsión Social, según Decreto N°47/2016

A partir de la Ley número 20.607, se modificó el Código del Trabajo en relación al acoso psicológico en el trabajo, sancionando las prácticas de acoso laboral; consignando en su artículo primero que: “Asimismo, es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”.

A su vez, el Protocolo de vigilancia de los riesgos psicosociales del Ministerio de Salud del año 2023 menciona que la exposición a factores riesgos psicosociales tiene efectos en la salud física y psicológica de los trabajadores (as), así como sobre los resultados del trabajo y sobre la propia organización.

El mobbing es mencionado en el Protocolo de Vigilancia de Riesgos Psicosociales en el Trabajo de nuestro país, como uno de los seis FRPS, siendo señalado como “violencia y acoso”, y descrito como la existencia de situaciones de hostigamiento emocional, físico o sexual.

Del mismo modo, dentro de los principios de la reciente Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo se encuentran el "Respeto a la vida e integridad física y psíquica de trabajadores y trabajadoras como un derecho fundamental" (N°1) y la "Equidad de género" (N°3).

Respecto a la integridad física y psíquica de trabajadores y trabajadoras como un derecho fundamental, se establece el "perseverar en el fortalecimiento del enfoque de derechos de las personas en el mundo laboral, orientando el diseño de las instituciones, sus políticas y programas de acción para que sean concordantes con los bienes jurídicos que amparan esta garantía, como lo son el derecho a la vida, la integridad física y psíquica, la salud y la dignidad de los trabajadores y trabajadoras".

En relación con la equidad de género, señala la importancia de "la incorporación de la perspectiva de género pase a ser práctica corriente en todas las políticas públicas y programas nacionales en la materia. El enfoque de género valora las diferentes oportunidades que tienen los hombres y mujeres, las interrelaciones existentes entre ellos y los distintos papeles que socialmente se les asigna, criterio que se refleja tanto en las relaciones labores en general, como en particular en el acceso a las acciones de promoción.

Del modo antes descrito, se puede observar que, desde hace una década, el tema en análisis ha sido objeto de preocupación tanto en la esfera pública como en la privada, ante la constatación de que existe un fenómeno social creciente de violencia, que se ha transmutado el ámbito laboral, con especial prevalencia en segmento femenino. Ello ha sido así, porque las mujeres crecientemente han cobrado una mayor importancia en el mundo del trabajo, especialmente en lo referido a los segmentos etarios más jóvenes, las que paulatinamente han ido ocupando con mucha prevalencia importantes segmentos laborales.

En referencia a este último aspecto, la normativa más reciente tendiente a resguardar el mundo del trabajo del fenómeno del acoso laboral la constituye la reciente promulgación de la denominada "ley Karin", (Ley 21.643 D. O 15.1.24) que busca fortalecer la legislación contra el acoso laboral; dicha normativa modifica diversos cuerpos legales (Código del Trabajo, Leyes Orgánicas Constitucionales y Estatuto Administrativo) con el fin de fortalecer la legislación contra el acoso laboral, fortaleciendo las medidas de prevención, investigación y sanción del acoso y a la violencia laboral en diversos ámbitos.

Ello motivó a que el país, se anticipase en gran medida a la entrada en vigor de instrumentos internacionales, como es el caso del Convenio 190 y de la Recomendación N° 206, cuya ratificación por parte del país no ha venido más que a reconocer una realidad evidente, sobre la cual se ha hecho imprescindible la paulatina incorporación de normas reguladoras

ENTORNO FAMILIAR Y CONSECUENCIAS SOBRE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

La estructura socio económica de nuestro país ha ido cambiando en forma paulatina y sostenida durante las últimas décadas. Así se tiene que se ha producido una significativa reducción de la pobreza extrema, casi se ha duplicado el nivel de escolaridad, se han ampliado las relacione sociales más allá del lugar de residencia, ha crecido sustancialmente el número de inmigrantes residentes, construyendo una sociedad con mejor estándar de vida, más tecnologizada e interconectada a nivel global y, muy importantemente, cada vez más diversa.

No obstante, este mejoramiento no estado distribuido a base de la igualdad entre las personas; más bien, persiste una relevante diversidad en los recursos económicos familiares disponibles y genera repercusión en ámbitos de diversa índole.

Así, muchas familias presentan un alto nivel de endeudamiento, un fuerte asilamiento digital cercano al 50% de la población mayor de 50 años, de lo cual se releva que siendo la integración económico - social y los sentimientos de bienestar elementos fundamentales para una vida familiar plena y satisfactoria, son pocas las familias que pueden disfrutar a plenitud los avances que ha experimentado el país.

Ello ha traído consigo significativas consecuencias, como la reducción del número de hijos y que el cuidado de estos se haya complejizado en un grado extremo.

Así, la gestión de demandas sociales e institucionales provenientes del cuidado de la familia continúan recayendo sobre las mujeres, persistiendo la desigualdad con los hombres.

Naturalmente que esto implica un mayor recargo y complejidad para la mujer que trabaja, por lo que para ella, vivir en familia, se configura como una experiencia exigente y de alto costo familiar y laboral, y fuente de una gran conflictividad de diversas características, la que se transmuta al mundo del trabajo.

POLITICAS PUBLICAS DE PREVENCION, TRATAMIENTO DE VICTIMAS Y ERRADICACION

El estado Miembro, al ratificar el Convenio tantas veces mencionado, asume la obligación de adaptar su legislación, a fin de que esta que recoja y d debida cuenta de sus alcances.

A este respecto, la obligación general de protección prevista en el artículo **7°** del Convenio obliga que legalmente se defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. En dicho sentido cabe consignar que Chile optó por la idea de enmendar la regulación establecida, a través de la ley N° 21.643.

Hay que señalar que esta materia, hasta fines del siglo pasado, había despertado una escasa preocupación de parte del legislador chileno, aspecto que fue evolucionado muy lentamente fundamentalmente en virtud de la jurisprudencia administrativa emanada de la Dirección del Trabajo, la que comenzó a reconocer a través de sus dictámenes la inadmisibilidad de ciertas conductas existentes en la relación laboral, por estimar que afectaban la dignidad humana y lesionaban vienen jurídicos garantizados constitucionalmente.

Posteriormente a ello sobrevinieron las grandes reformas legislativas, como lo fue la ley N° 19.759 del año 2001, que modificó el artículo 5° del Código del Trabajo para establecer que los derechos fundamentales de los trabajadores constituían un límite a las potestades del empleador; la ley N° 2.005 del año 2005, que incorporó un procedimiento para la investigación y sanción del acoso sexual; la ley N° 20.087 del año 2007, que estableció un procedimiento judicial especial para los trabajadores en caso de existir una vulneración de sus garantías constitucionales; la ley N° 20.607 del año 2012, que tipificó como nueva causal disciplinaria el acoso laboral y finalmente, la ley N° 21.643 del año 2024, que vino en reformar nuevamente el artículo 2° del Código el Trabajo para establecer un sistema especial para regular la violencia y acoso en el trabajo, reconociéndolo como un riesgo que debía ser abordado en forma preventiva por el empleador.

Lo anteriormente reseñado debe llevar a la conclusión de que se ha producido u cambio paulatino y progresivo en el modelo de las relaciones laborales en Chile en lo que dice relación con dichas materias.

Así es como se ha evolucionado desde un tratamiento meramente reactivo – que pretende resolver el conflicto sancionado al infractor y reparando a la víctima – a un modelo eminentemente preventivo y proactivo, que busca evitar que se produzcan las

citadas conductas de acoso y violencia en el mundo laboral, y procurando que el empleador abandone una posición de indiferencia ante la eventualidad o realización de esta clase de conductas.

Con ello se busca evitar que sean ignoradas las denuncias que sobre este particular formule un trabajador y que el empleador se preocupe del cuidado del ambiente laboral y de la salud física y mental de éste.

Debido a su interés y porque aborda en forma sistemática las disposiciones del Convenio 190 de la OIT – que entró en vigor en Chile con fecha 12 de junio de 2023, nos preocuparemos especialmente a continuación de las grandes líneas que se contienen en la reciente **Ley N° 21.643**, más conocida bajo la denominación de "ley Karin", la que tuvo como detonante de la misma la trágica autoeliminación de una paramédico de un hospital de una ciudad del sur del país, la que se suicidó a consecuencia de los reiterados y constantes hostigamientos de que fue víctima en su lugar de trabajo.

Dicha ley entró en vigor en Chile el 1°de agosto de 2024.

Esta ley modifica varios cuerpos legales, entre los que se cuentan el Código del trabajo, diversas leyes orgánicas constitucionales y estatutos del área publica, con el fin de fortalecer las medidas de prevención, investigación y sanción del acoso y la violencia laboral en diversos ámbitos, tanto en el sector privado como en el público y el municipal. Se establecen al efecto protocolos y medidas concretas para garantizar entornos laborales seguros para los trabajadores.

Fundamentos

* Las Relaciones laborales deben fundarse en un trato libre de violencia, compatible con dignidad de la persona y con perspectiva de género.

* Se debe promover la igualdad y erradicarse la discriminación.

* Son contrarias a lo anterior, entre otras:

a) el acoso sexual

b) el acoso laboral
c) la violencia en el trabajo

El Acoso Sexual

• No se encontraba tipificado en Chile hasta la ley N° 20.005 de 2005 (solo un precedente judicial-2003)

• Obligó al empleador a introducir normas en RIOHS por ambiente digno
• Incorpora al CT (art. 2°) concepto acoso sexual
• Incorpora al RIOHS procedimiento investigación acoso sexual
• Incorpora nueva causal de despido por "conductas de acoso sexual" (art. 160, N° 1, letra b) CT)

Concepto y requisitos

* Conducta indebida con requerimientos de carácter sexual (*incluye acercamientos indeseados, por cualquier medio)*

* no consentidos por quién los recibe *(comportamiento de la victima)*

* que amenacen o perjudiquen situación laboral/oportunidades empleo

(ambiente ofensivo)

- *Lesiona Derechos Fundamentales: Derecho Intimidad*
- *Derecho Integridad física y psíquica*
- *Derecho a la no discriminación*
- *Derecho a la Dignidad*

El Acoso Laboral

• Se tipificó en Chile a contar de la vigencia de la ley N° 20.607, de 2012.
• Incorpora al CT (art. 2°) el concepto de acoso laboral incorpora nueva causal de despido por "conducta de acoso laboral" (art 160, n° 1, letra f))
• Fue modificada posteriormente por la ley N° 21.643 (Ley Karin), que eliminó el requisito de la "reiteración"(basta una sola conducta para configurar)

Concepto y requisitos

* Conducta de agresión u hostigamiento

* Ejercida por empleador o por uno o más trabajadores en contra de otros

* Que tenga lugar una sola vez o en forma reiterada

* Que sea ejecutada a través de cualquier medio

* Que produzca una lesión a la dignidad personal, o coloque en riesgo o perjudique situación laboral o sus oportunidades en el empleo (*ambiente hostil y ofensivo*).

Formas de ocurrencia

* Acoso Vertical *("Bossing") ascendente o descendente*

* Acoso Horizontal (“Mobbing”)

* Manipulación psicológica para que una persona comience a dudar de su propia percepción (“Gaslighting”) (distorsionar realidad, negativa de hechos, socavar confianza y autoestima)

La Violencia en el Trabajo

- Se tipifica en Chile a partir de la ley 21.643 (ley Karin)
- Proviene del exterior de la relación laboral en si; es ejercida por terceros ajenos a la misma.
- Ocurre con ocasión de la prestación de servicios
- Se incorpora al CT (art. 2°, letra c)

Concepto y requisitos

- Conductas violentas que afectan a las trabajadoras y trabajadores

* Con ocasión de prestación de sus servicios
* Ejercida por parte de clientes, proveedores, o usuarios, *entre otros*

El Reglamento Interno (RIHS)

- Establece nuevas obligaciones para el Empleador

* Poner en conocimiento de los trabajadores, por escrito:

¨ un Protocolo de Prevención

¨ un Procedimiento de Investigación y Sanción

* Oportunidad: al momento de suscripción del contrato de trabajo.
* Asistencia técnica: para elaboración pueden requerirla a Organismo Administrador de la Ley N° 16.744

Una nueva mirada: La Prevención

El Protocolo Preventivo

- Obligación de empleador de generar instrumento preventivo acoso sexual, laboral y de violencia en el trabajo (“política preventiva”)
- Debe contener normas de identificación, evaluación, control, información, difusión y capacitación de los trabajadores y trabajadoras.
- También medidas de resguardo de privacidad y honra de los involucrados

- Obligación de informar semestralmente sobre canales de recepción de denuncias e instancias estatales
- Faculta a SUSESO para entregar Directrices (Circulares N° 3813 de 7/6/24 y 3819 de 26 /7/24)

Un nuevo Procedimiento de Investigación

- Se establece un nuevo epígrafe en CT sobre "Investigación y sanción del acoso sexual, laboral y la violencia en el trabajo"
- Los sujeta a principios de confidencialidad, imparcialidad, celeridad y perspectiva de género.
- Establece un proceso pormenorizado de quejas y denuncias y procedimiento
- Empleador obligado a adoptar medidas de resguardo
- Hechos pueden ser denunciados ante la Empresa o Inspección de Trabajo; Empleador puede derivar a esta ultima.
- Su sanción involucra Despido, existe acción del afectado ante Tribunales.

Su aplicación expansiva

- Funcionarios del Estado
- Funcionarios Municipales

Desafíos en Relaciones Laborales

- Nueva cultura en el mundo del trabajo: un lugar exigente pero grato
- Desafío estructural para la empresa

CONCLUSIONES

En consideración a lo anteriormente expuesto, cabe concluir que Chile y su actual legislación se encuentran en un adecuado grado de cumplimiento e implementación del Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo.

En efecto, las progresivas e incesantes modificación legislativas que se han ido implementando, han ido creando en forma paulatina e incesante, un adecuado marco y estructura para evitar tanto el acoso laboral como sexual y también la violencia en el trabajo.

Dicha adecuación no ha estado exenta de problemas y situaciones complejas de abordar para las empresas, sobre todo para aquellas como las micro y pequeñas que

no suelen contar con una orgánica suficiente para implementar la profusión de situaciones que pueden producirse en el mundo del trabajo real, derivadas del amplio marco de figuras posibles que comprende la aplicación del Convenio 190.

No obstante, el camino comienza recién a explorarse sobre todo en lo que hace relación con la violencia en el trabajo; a este respecto adquirirá mucha importancia la jurisprudencia tanto administrativa como judicial que haya de tener lugar en relación con la misma.

Nos parece que los Principios que resguarda el Convenio 190, orientados a respetar, promover y asegurar el disfrute del derecho del trabajador a desenvolverse en buen ambiente de trabajo libre de violencia y del acaso laboral y sexual, deben necesariamente armonizarse con las posibilidades reales de que pueda disponer una empresa para llevar a cabo dichas premisas.

El tamaño y giro de una actividad son determinantes para estructurar la debida aplicación de estos principios, ya que existen diferencias ostensibles en materia de gestión al instante de generar un enfoque sea inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de genero para prevenir y/o eliminar la violencia y el acoso,

Ello implica adoptar una estrategia integral necesaria para poder adoptar las medidas y mecanismos de control para la aplicación y seguimiento de la legislación aplicable al efecto.

Todo ello requiere de medios adecuados y no todas las empresas los tienen con la amplitud necesaria para implementar esta política a gran escala.

Normativas y Acciones para la Erradicación de la Violencia y el Acoso Laboral: Un Compromiso Empresarial por un Trabajo Digno

Nancy Elizabeth Santamaria Mimila

Introducción

En su centésima octava reunión celebrada en Ginebra el 10 de junio de 2019, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó el **Convenio sobre la Violencia y el Acoso, 2019 (Convenio núm. 190)**, marcando un hito histórico en la promoción del trabajo decente a nivel global (OIT, 2019a). Este instrumento internacional surge como respuesta a la creciente preocupación por la persistencia de actos de violencia y acoso en el mundo laboral, incluidos aquellos motivados por razones de género, que constituyen una grave amenaza para los derechos humanos, la igualdad de oportunidades y la dignidad de las personas trabajadoras.

La OIT, al reconocer que toda persona tiene derecho a un entorno laboral libre de violencia y acoso, reafirma los principios fundamentales establecidos en la Declaración de Filadelfia y otros instrumentos clave en materia de derechos humanos (OIT, 2019a). Además, subraya que estos comportamientos afectan no solo la salud física y mental de quienes los padecen, sino también la productividad, el desarrollo profesional, la calidad de los servicios y el acceso al empleo, especialmente en el caso de las mujeres (OIT, 2019b).

Este Convenio plantea un enfoque inclusivo e interseccional, destacando la necesidad de erradicar los estereotipos de género, las relaciones desiguales de poder y las múltiples formas de discriminación que perpetúan estas conductas. Asimismo, reconoce el impacto de la violencia doméstica en el ámbito laboral, instando a los Estados miembros, empleadores y trabajadores a colaborar activamente en la creación de entornos de tolerancia cero (OIT, 2020).

1. Contexto internacional y fundamento normativo del Convenio 190

El Convenio 190 de la OIT representa una respuesta normativa y de política internacional frente a la persistencia de la violencia y el acoso en el entorno laboral. Reafirma el compromiso de los Estados miembros con los principios fundamentales consagrados en instrumentos como la Declaración de Filadelfia y los tratados internacionales de derechos humanos (OIT, 2019a). Este marco normativo otorga legitimidad jurídica al Convenio y refuerza la necesidad de adoptar medidas vinculantes que aseguren condiciones de trabajo dignas, libres de violencia y discriminación.

2. Conceptualización de violencia y acoso en el mundo del trabajo

El Convenio 190 introduce una definición amplia de violencia y acoso, comprendiendo comportamientos, prácticas o amenazas que puedan ocasionar daño físico, psicológico, sexual o económico. Esta conceptualización ofrece una cobertura normativa integral que abarca tanto actos aislados como patrones sistemáticos, e incluye a todas las personas en el entorno laboral, sin importar la existencia o formalidad de una relación contractual (OIT, 2019a).

3. Principios rectores del Convenio 190

Entre los principios fundamentales del Convenio destacan el derecho de toda persona a un entorno laboral libre de violencia y acoso, la promoción de la dignidad humana y la igualdad de oportunidades. También se establece la responsabilidad del Estado de implementar políticas públicas efectivas, desarrollar normativas preventivas y mecanismos adecuados de denuncia y reparación (OIT, 2020). Igualmente, se promueve una cultura institucional de **tolerancia cero** ante cualquier manifestación de violencia en el trabajo.

4. Perspectiva de género e interseccionalidad

Uno de los aportes más relevantes del Convenio 190 es su enfoque de género, que reconoce que las mujeres y niñas se ven desproporcionadamente afectadas por la violencia en el ámbito laboral (OIT, 2019b). Además, adopta una perspectiva interseccional, al identificar cómo distintas formas de discriminación —por motivos

de raza, discapacidad, orientación sexual, entre otras— se entrecruzan y agravan la vulnerabilidad de ciertos grupos, lo cual demandas políticas públicas más inclusivas, integrales y diferenciadas.

5. Implicaciones jurídicas del Convenio 190 para los Estados parte

El Convenio 190 impone a los Estados que lo ratifican la obligación de armonizar sus legislaciones internas con sus principios, fortaleciendo sus instituciones, creando mecanismos de denuncia efectivos y garantizando el acceso a la justicia laboral (OIT, 2020).

En México, aunque el 39% de la población ocupada son mujeres, la violencia laboral persiste. Datos alarmantes muestran que muchas han sido víctimas de acoso o violencia. Según el "Diagnóstico de hostigamiento y acoso sexual en la administración pública federal 2015–2018", el 94.53% de las 402 víctimas fueron mujeres (INMUJERES, 2018). Por su parte, la Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH, 2016) reveló que el 26.6% de las mujeres trabajadoras ha enfrentado violencia en el entorno laboral, siendo los compañeros y superiores los principales agresores (INEGI, 2016).

Este fenómeno se ha normalizado en muchas culturas organizacionales. La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de la ONU define como violencia de género cualquier acto que cause daño físico, sexual o psicológico a la mujer (ONU, 1993).

Aunque de forma tardía, el Estado mexicano ha comenzado a tomar medidas relevantes. La reforma de mayo de 2019 a la Ley Federal del Trabajo, que establece la obligación de implementar protocolos para atender la violencia laboral, representa un avance significativo. La Secretaría del Trabajo y Previsión Social ha propuesto un Modelo de Protocolo que busca prevenir, sancionar y erradicar estas conductas, garantizando a las trabajadoras su derecho a un trabajo digno (STPS, 2020).

6. Compromiso empresarial y cultura organizacional

Erradicar la violencia laboral requiere más que normas escritas: exige un **compromiso empresarial activo y sostenido**. No basta con adoptar un protocolo; los

empleadores deben impulsar una cultura organizacional basada en la equidad de género, el respeto a los derechos humanos y la prevención de cualquier tipo de violencia (OIT, 2019b).

Solo a través de una acción coordinada entre el Estado, el sector empresarial y los trabajadores será posible construir entornos laborales seguros, inclusivos y respetuosos, donde el trabajo digno deje de ser una aspiración y se convierta en una realidad tangible para todas las personas.

7. Modelo de Protocolo para Prevenir, Atender y Erradicar la Violencia Laboral

Este protocolo tiene como objetivo establecer lineamientos claros para prevenir, atender y erradicar la violencia laboral, con énfasis en el acoso laboral, el hostigamiento sexual y el acoso sexual.

Objetivos específicos:

- Brindar atención adecuada a las personas víctimas de violencia en el ámbito laboral.
- Fomentar la igualdad de género y crear un ambiente laboral libre de violencia.

Alcance: El protocolo aplica a todas las personas dentro del centro de trabajo y abarca cualquier situación derivada de las relaciones laborales, formales o informales.

Conclusiones

La adopción del Convenio 190 de la OIT constituye un parteaguas normativo y ético en la lucha por erradicar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Su enfoque integral, interseccional y con perspectiva de género proporciona a los Estados parte un marco sólido para transformar sus entornos laborales y garantizar el derecho de toda persona a un trabajo digno.

En el caso de México, los datos disponibles reflejan una problemática estructural que exige una respuesta multisectorial urgente. La implementación efectiva del Convenio 190 y sus principios requiere voluntad política, reformas legislativas coherentes, protocolos institucionales claros y, sobre todo, un cambio cultural profundo en los centros de trabajo.

La erradicación de la violencia laboral no es solo un imperativo jurídico, sino un deber moral que interpela a la sociedad en su conjunto. Construir entornos laborales seguros, igualitarios y libres de violencia es esencial para una democracia más justa, una economía más sólida y un futuro más humano.

Referencias

INEGI. (2016). *Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH)*. https://www.inegi.org.mx

- INMUJERES. (2018). *Diagnóstico de hostigamiento y acoso sexual en la administración pública federal 2015–2018*. https://www.gob.mx/inmujeres
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2019a). *Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190)*. https://www.ilo.org/global/standards
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2019b). *Informe V(2B): Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo*. https://www.ilo.org
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2020). *Recomendación núm. 206 sobre la violencia y el acoso*. https://www.ilo.org
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1993). *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*. https://www.un.org
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS). (2020). *Modelo de Protocolo para prevenir, atender y erradicar la violencia laboral*. https://www.gob.mx/stps

ADOECIMENTO MENTAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E OS IMPACTOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL[287]

Joselita Nepomuceno Borba[288]

Resumo:*Uma missão, um desafio: refletir sobre saúde mental nos dias atuais. À mingua de conhecimento suficiente sobre o homem e sua iteração social, sua vivencia no ambiente, e, ainda, a fim de não se pintar apenas um quadro com cores estatísticas, incursionou-se por legados de pensadores de ontem e de hoje para se ter compressão da causa do adoecimento mental. Como um cérebro que não foi desenhado para a aceleração exponencial da tecnologia se comporta, frente à realidade, na nova sociedade que emerge e se mostra fragmentada, antagônica e intolerante. Afinal, uma sociedade sob o influxo da tecnologia a que se prometia tantos benefícios quiçá utópicos, mas que, ao invés, saboreia o amargor dos riscos inerentes ao veloz progresso. Nesse meio, atordoado, o homem precisa construir o seu futuro, fazendo com que a razão reflexiva governe a mente para, inclusive, fazer frente a causas atuais de doença neural, que já adquiriu patamar pandêmico. O homem precisa se reinventar para viver bem em sociedade e no trabalho.*

Resumen: *Una misión, un desafío: reflexionar sobre la salud mental en el mundo actual. A falta de conocimientos suficientes sobre el hombre y sus interacciones sociales, su experiencia en el entorno, y también para no pintar sólo un cuadro con colores estadísticos, hemos ahondado en los legados de pensadores de ayer y de hoy para comprender la causa de las enfermedades mentales. Cómo se comporta un cerebro no diseñado para la aceleración exponencial de la tecnología, frente a la realidad, en la nueva sociedad que emerge y se muestra fragmentada, antagónica e intolerante. Al fin y al cabo, una sociedad bajo la influencia de la tecnología a la que se le prometieron tantos beneficios quizás utópicos, pero que, en cambio, prueba la amargura de los riesgos inherentes al progreso rápido. En este entorno aturdido, el hombre necesita construir su futuro, haciendo que la razón reflexiva gobierne la mente para, incluso, enfrentar las causas actuales de la enfermedad neuronal, que ya ha alcanzado niveles de pandemia. El hombre necesita reinventarse para vivir bien en la sociedad y en el trabajo.*

Sumário: *Introdução. Brevíssimo retrospecto em busca de compreensão do "eu" e da correlação entre a expressão da "vontade e verdade" como premissa para abordar o adoecimento mental na*

[287] Para os Anais do IX Congreso Iberoamericano y Europeo de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, tema da nossa participação no Congresso, a ser realizado nos dias 08 e 09 de maio de 2025, na Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto.

[288] Mestre e Doutora em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Procuradora do Trabalho aposentada, do Ministério do Público do Trabalho. Membro da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT). Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT), titular da Cadeira nº 08. Advogada.

modernidade. 2. Liberdade e linguagem como fatores marcantes na sociabilidade. 3. Drásticas transformações sociais ou mudança civilizacional? Reflexos nas relações humanas e na sanidade mental. 4. Epidemia invisível em decorrência de transtornos mentais. 5. A saúde da mente e o governo da razão. 6. Impacto do uso inadequado de dispositivos eletrônicos sobre a saúde mental da criança e do adolescente. 7. Panorama da saúde mental no mundo. 8. Proteção à saúde no sistema brasileiro. 9. Ações de atenção básica a saúde mental no Brasil. 10. Panorama estatístico e esforços para enfrentamento. Conclusão. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: *Adoecimento mental – modernidade – sociabilidade - mudança civilizacional – governo da razão – dispositivos eletrônicos – impregnação digital – pandemia – doença neural - panorama – Brasil – políticas públicas – ações.*

Introdução

Fui convidada pela Acadêmica e Rector de la Universidad La Gran Colombia Martha Elisa Monsalve Cuellar para participar do IX Congreso Iberoamericano y Europeo de Derecho Del Trabajo y de la Seguridade Social, nesse ano, a ser realizado na Cidade do Porto, chamado prontamente aceito. Sem dúvida um desafio – e com maior potencial – pelo intento de refletir sobre adoecimento mental nos dias atuais. Uma empreitada que não importa apenas e tão somente, acredita-se, revelar fotograficamente um quadro bem pintado, tal qual as estatísticas revelam e os sistemas buscam incessantemente normatizar, mas ir além com o auxílio de múltiplas fontes do conhecimento, da filosofia, passando pela sociologia, pela história, pela psicologia social até a neurociência, em uma busca desafiadora rumo a conhecer o homem: corpo, mente e sociabilidade, como forma de tentar compreender o adoecimento mental.

Conhecimento ainda que mínimo para um estado que é momentâneo, provisório, em virtude do dinamismo das condições sociais e do meio ambiente pela veloz e incontida onda do progresso, mas que se faz necessário para intuir sobre a *razão,* atributo que traz a certificação da humanidade, distintivo do animal *sapiens*, e que verifica, organiza e busca coerência do que sabemos, do que fazemos, enfim, das ações humanas.

Não se ignora que os filósofos da modernidade ainda procuram respostas para questões cruciais como “quem sou eu”? ou “o que sou eu”? e também “qual a relação entre razão e verdade?”, fundamentais para compreender o homem, suas ações e comprometimento mental, contudo, apesar disso, temos a sorte de contar com luzes lançadas pela Filosofia através dos tempos.

Visitar o conhecimento filosófico certamente vai ser de grande valia nessa desafiadora tarefa, como também será de crucial importância recorrer a pensadores da modernidade e da contemporaneidade para se ter ideia das transformações sociais e do agir do homem em sociedade denominada, por suas características, de "líquida" em contraposição àquela que se esvai chamada de "sólida".

Em busca de razoável compreensão do fenômeno adoecimento mental a atenção se volta para as causas dos transtornos mentais na atualidade, chamados de o "mal do século" e consequências negativas causada pela "intoxicação digital" na saúde humana, sem excepcionar: criança, adolescente e o homem em geral e, ainda, o trabalhador. Intenta-se nesse cenário pandêmico de saúde mental apontar esforços de instituições, governos e sociedade para enfrentar o problema, enquanto não se chega a um antídoto eficiente e eficaz.

1. Brevíssimo retrospecto em busca de compreensão do "eu" e da correlação entre a expressão da "vontade e verdade" como premissa para abordar o adoecimento mental na modernidade

Enfrentar o tema "adoecimento mental" não é tarefa fácil, por envolver, antes de tudo, coisas sobre a vida e a sociabilidade humana. Não aquela sociabilidade do mundo estável no qual Sócrates alicerçou seu pensamento em busca de um viver melhor em Atenas. Agora o que se busca é a compreensão em um mundo instável, dos tempos da *internet*, das redes sociais, da inteligência artificial; busca-se compreender o impacto desse mundo contemporâneo sobre a mente humana.

Em busca de resposta para tais questões e, mais especificamente, o adoecimento que acomete a mente humana na atualidade sem precedente na história aos filósofos de então se juntam agora pensadores das mais diversas áreas do conhecimento, num esforço concentrado na tentativa de se chegar a uma resposta para o disseminado distúrbio mental. No *iter* da investigação, acredita-se não ser demais relembrar, conforme cada época, o legado da Filosofia.

Por certo, na fase pré-socrática a preocupação dos filósofos era saber acerca do *mundo* e do *ser humano.* Fincados tais alicerces, os expoentes da Filosofia Clássica se envolveram com questões inerentes ao *sentido da vida, justiça social, administração das cidades.* O ponto central era saber como *ser bom cidadão* e a *busca da felicidade.*

Eis que na Filosofia Ocidental da era medieval o domínio da atenção esteve com a teologia, quando a principal preocupação era *equilibrar razão* e *fé*. Mas, tempos

críticos à Igreja e ao idealismo da filosofia grega são decisivos para, inaugurando movimento humanista, colocar o homem e suas aflições de volta ao centro das preocupações. Irrompe o movimento renascentista onde o pensamento filosófico traz para o centro das atenções o uso da *razão*.

A razão passa a ser resposta para tudo o que predominou e dominou na Idade Moderna. Nesse tempo, racionalidade e o *método científico* passam a ser cultuados pela Filosofia como fontes do saber. A centralidade se volta para a importância do ser humano, um *ser dotado de razão* e *capaz de experimentar o mundo*. Esse ponto de centralidade se depara com as grandes transformações sociais oriundas das agitações sociais e das grandes guerras nos Séculos XIX e XX.

Essa realidade fez a Filosofia derivar seu caminho para enfrentar questões sobre os *limites do conhecimento* e contra o *afã do progressismo* reinante*,* tendo a *política* papel de destaque. E assim, o pensamento filosófico se volta, com agudez, para busca de *contenção do arrebatamento científico-tecnológico,* quando os notáveis da época passam a questionar se o homem, imerso em uma vida acelerada e soterrado pela burocracia, conseguiria ter uma *vida feliz* e almejar uma *sociedade justa*.

Na contemporaneidade, drásticas transformações advindas da ciência, da tecnologia e das telecomunicações, sem chance para se pensar estagnação ou retrocesso, a atenção se aproxima da realidade, em uma investida não só do filósofo, mas também de *expert* de outras áreas do conhecimento, como: sociólogo, historiador, psicólogo social, psicanalista, neurocientistas, na tentativa de responder se o *homem livre* conseguiria ter uma vida feliz.

Com essa singela retrospectiva, quis-se pontuar a relevância do legado do conhecimento filosófico acerca das grandes questões que envolve o mundo: o ser, a vida, a justiça social, a administração das cidades e a política, a busca da felicidade, a fé, a razão, o conhecimento científico, sem, contudo, dar a Filosofia resposta a questões cruciais como quem ou que sou "eu" e a qual a relação entre "vontade e verdade"[289], competindo aos pensadores da modernidade perseguirem o intento.

A centralidade agora, acredita-se, precisa se voltar para compreensão do "eu", da "razão" e a linha invisível que une "vontade e verdade" nas ações do ser incondicionalmente social consigo mesmo e com os outros; não mais aquele ser que fazia parte de um círculo social ou de um grupo, mas daquele que faz parte do universo

[289] Fernando Savater. *Las preguntas de la vida.* Barcelona: Editora Ariel. S.A. 1ª ed. 1999; 17ª reimpressão Bogotá: Editora Planeta Colombiana S.A. 2016, p.67

passível de alcance nesse mundo interconectado pelas telecomunicações e seus incontáveis recursos. Nessa interconectividade há de se considerar ainda para o fato de o homem de que se trata ser dotado de livre arbítrio e fazer uso de linguagem para se comunicar.

2. Liberdade e linguagem como fatores marcantes na sociabilidade

Ser livre é da condição humana, expressão fundamental para a vida intelectual, moral e social. Colhe-se do pensamento e das ideias de Ruy Barbosa que liberdade é direito fundamental inviolável e inalienável por ser propriedade do homem sobre si mesmo, propriedade por excelência, "propriedade sobre todas santa"[290].

Propriedade "santa" que implica necessariamente livre arbítrio, estado em que, por vezes, o homem se depara com situações onde tem de escolher entre aquilo que é melhor para si mesmo e aquilo que é mais ético. Diante de situação que implique necessariamente opção por isso ou por aquilo ou o poder escolher, a liberdade, pode ser causa de *angústia*.

Se é certo que a liberdade pode ser causa de angústia a Filosofia, com suas tentativas exploratórias em busca de algum conhecimento sobre o homem e a angústia diária, mais que certezas trouxe perplexidades, ao ponto de questionar Theodor Adorno se seria o homem realmente livre ou uma marionete da sua condição psíquica e social?[291] De qualquer forma, ainda que não se tenha desvendado os mistérios da *mente* e do *corpo*[292], até aonde se chegou foi o suficiente para que não haja dúvida de que o homem é um ser falante, alguém que se comunica pela *linguagem* com outrem à sua imagem e semelhança.

A linguagem se apresenta como verdadeiro código genético da humanidade, certificado de pertencimento da espécie[293] e que serve para objetivar e compartilhar o subjetivo. Esse código de compartilhamento não foi inventado por um, mas ensinado. Inculcada, a linguagem é pública e aberta necessariamente aos seres inteligentes. Somente o humano é capaz de usá-la, objetivando um mundo comunicável de realidades determinadas em que participa conjuntamente com os outros.

---

[290] Miguel Matos. *Migalhas de Ruy Barbosa.* Ribeirão Preto/SP: Editora Migalhas, v. I, 1ª ed. 2010. Verbete 100.
[291] Cf. O Guia da Filosofia*. A obra, a vida e as inquietações dos 60 maiores filósofos da história.* Coleções. Editora Abril. N 326-A, dezembro/2013, p.49.
[292] Fernando Savater, *op.cit*. p. 67
[293] *Las preguntas de la vida. op.cit.* p. 93

Esse recurso que faz parte da natureza humana possibilita a interação e a inserção do indivíduo na sociedade[294]. Apresenta-se, enfim, a linguagem como elemento de sociabilidade, elo vital, pois ninguém vai se converter em humano se estiver sozinho: fazemos humanos unos aos outros não tendo dúvida o filósofo espanhol[295] de que "nossa humanidade nos 'contagiou': é uma doença mortal, vez que nunca nos desenvolveremos se não formos pela proximidade de nossos semelhantes"[296].

Isso significa que ninguém chega a se converter em humano se está só[297]. O desenvolvimento se dá pela proximidade de nossos semelhantes. Mas, se a proximidade com o semelhante é condição essencial é certo também que ela traz consigo, como inevitável, o *desassossego* pelo fato de naturais diferenças entre os indivíduos. Cada ser é único, entretanto ele se vê premido pela necessidade de se relacionar com os outros, cada qual com suas distinções e diversidades.

Ser *livre* e ser *social* são, portanto, da essência do homem, importando a sociabilidade em causa de desassossego e a liberdade em fonte de angústia. Mas, conviver é imperativo. Viver com o outro, que é diferente, tem ritmo diferente, tem ideias diferentes. A inexorável consequência? Como resposta tem-se a complexidade das relações humanas, dilema que já passou pela perspicaz análise de Schopenhauer[298] na parábola do porco espinho, conto resgatado pelo historiador e professor Leandro Karnal em suas reflexões sobre a solidão sob o título *O dilema do porco espinho*.

O filósofo alemão do Século XIX, em busca de explicação para a complexidade das relações humanas foi buscar inspiração na convivência dos porcos espinhos, quando constatou que em dias frios eles decidiam se aproximar uns dos outros a fim de se aquecerem, mas quando se aproximavam demais se espetavam. Nesse vai e volta entre aconchego e dor, com o passar do tempo, aprenderam os animais que tinham que

---

[294] Frente à visão geral do pensamento de John Dewey sobre a teoria do conhecimento Marco Antônio Lorieri (Aspectos do instrumentalismo pragmatista na teoria do conhecimento de Jonh Dewey. i*n Cognicio. Revista de Filosofia.* Centro de Estudos do Pragmatismo. Ed. São Paulo: Educ: Palas Athenas, n. I, nov. 2000. p. 48), deixa assentado que "O conhecimento é nome que se pode dar aos resultados particulares de cada processo de investigação que os serem humanos realizam nas situações singulares em que vão se encontrando na experiência natural de via e que tem função instrumental relativa ao seu modo de agir nesta mesma experiencia", arrematando o Professor da PUC/SP que "O que importa aos seres humanos é o seu agir acertado, ou seja, as ações que possam gerar acertos no viver: que lhes garantam sobrevivência, ou , o que é o mesmo, continuidade de vida no continuo da experiencia natural".

[295] Fernando Savater, *op. cit.* p. 190.

[296] *Ibidem*

[297] *Ibidem*

[298] Reportando-se ao conto de Arthur Schopenhauer Leandro Karnal, em *O dilema do porco espinho: como encarar a solidão* (São Paulo: Editora Planeta. 2018), incursiona pela modernidade líquida, analisa a solidão no mundo virtual e o isolamento, jogando luzes sobre a natureza do viver.

manter um certo distanciamento entre eles, equalizando meio termo: nem muito perto, nem muito distante. Essa solução viabilizou a proximidade do grupo, fazendo com a estratégia, por um lado, cessar o frio causado pelo isolamento; por outro, eliminar a dor causada pela proximidade dos espinhos.

A conclusão a que se chegou com a parábola é que, tal qual aqueles animais, o homem vive o mesmo dilema: se busca companhia para se afastar do gelo da solidão fica exposto; se cumpre o imperativo da sociabilidade enfrenta o desconforto de conviver com o diferente. Exatamente nesse espaço de inevitável atrito o homem procura reconhecimento, amor e carinho de outras pessoas e no viver com o outro ou viver em grupo tem de se fazer concessões.

Equalizar relações em meio a tantas e tamanhas adversidades e complexidades próprias dos humanos, por óbvio, é complicado. Não fosse o orquestrado movimento de coesão e repulsa e a busca de equilíbrio para o conviver, fatores outros, como a incessante transformação do meio em que se vive com inevitáveis e significativos impactos culturais, potencializa a dificuldade de se encontrar espaço e conforto.

Equilíbrio em cuja busca, como bem imaginou o filósofo espanhol Fernando Savater[299], leva a probabilidade de o "animal social"[300] se conduzir até um ponto em que a sociabilidade não se torna um fardo alheio que se impõe à autonomia, com risco de se ultrapassar o limite intangível e irrenunciável da densidade da condição humana sem a qual não seria possível desenvolver a humanidade.

Um perigo e uma possibilidade que representou - e representa - tarefa difícil e que, na contemporaneidade, se potencializa, ganhando contornos de dramaticidade em decorrência da interação humana cada vez mais complexa em uma sociedade de *comunicação de massa.* Nessas circunstâncias, os pensadores ainda não encontraram a centralidade entre o imperativo da sociabilidade e a higidez da autonomia ou da condição que nos humaniza.

Em verdade, vive-se hoje tempos de adoecimento mental sem precedentes em todo o mundo, a exigir o enfrentamento da questão a contribuição não dos filósofos, mas também de outros pensadores, como historiadores, sociólogos, psicólogos e

---

[299] *Las preguntas de la vida, op.cit. p. 195.*

[300] Vem de Aristóteles (*A Política*. 328 a.C) a noção de que o homem é um animal social, um ser que necessita de coisa e de outros, o que torna necessário ao ser humano viver em sociedade. É da sua *genesis* conviver e participar da comunidade. O que muda incessantemente, no entanto, é o meio. A comunidade, antes patriarcal, assentada em base agrícola, industrial, delimitada no espaço e no tempo e liderança conhecida, evolutivamente se transforma e agora se apresenta sem fronteiras, capitalista e fluída.

psicólogos sociais, neurocientistas, aporte decisivo para trazer alguma luz sobre o adoecimento mental na contemporaneidade.

3. Drásticas transformações sociais ou mudança civilizacional? Reflexos nas relações humanas e na sanidade mental

Na análise argumentativa de Marilena Chaui[301], mais que extraordinário avanço tecnológico, o que há na modernidade é uma mutação civilizacional. Não apenas o despontar de um mundo virtual impactante sobre a sociedade, com tal fluidez que leva a permanência a ser permeada pela impermanência, fazendo com isso aflorar nesse mundo digital nova subjetividade.

Aliás, mudanças significativas decorrentes do sistema de comunicações já eram perceptíveis por Theodor Adorno que, em sua *Dialética do Esclarecimento*, debruçou-se sobre meios de comunicação em massa que atingia grandes plateias, como rádio, jornais e revistas. Em capítulo dessa obra deixou em evidência como o saber está ligado a processos de dominação na história da civilização, tornando-se suas críticas fundamentais para compreender o impacto das novas tecnologias de comunicação na sociedade[302].

Vem da percepção do filósofo alemão[303] que a frenética expansão dos meios de comunicação, em um universo regido por interesses, lucro e conveniências, foi parte fundamental da indústria cultural, uma criação do capitalismo que molda as pessoas que aderem a ela inconscientemente. E dessa impressão traz o rádio como exemplo de meio que "semeava o conformismo e a resignação", tornando a população inerte frente a um sistema que desfigura a essência do ser.

Um defensor de pensamento crítico o professor da Escola de Frankfurt[304] deixou assentado, como impressão conclusiva, que cada ato profundamente crítico é como uma semente lançada ao futuro, com a advertência de que a indústria da cultura engana constantemente seus consumidores ao prometer lhes entregar uma felicidade plena que

---

[301] Entrevista concedida pela filósofa brasileira a mídias e disponível também em https://www.instagram.com/reel/DCAy2bVOUMM/?igsh=bnVpejBzMG53d3Bo, capturado 01.01.2025.
[302] Nesse sentido conf. *O Guia da Filosofia. op.cit.* p.56
[303] *Ibidem*
[304] Em meados do Século XX, em um dos capítulos de sua *Dialética do Esclarecimento*, Theodor Adorno, em contato com o ambiente das consumições em franca expansão, refletiu como os novos meios de comunicação de massa impactavam as pessoas, desfigurando a própria essência do ser.

é irrevogavelmente ilusória, como também intenta mostrar como o saber está ligado a processo de dominação na história da comunicação.

Não menos importante para se compreender o fenômeno da comunicação em massa e suas consequências nas relações humanas é a contribuição de Yuval Noah Harari[305] que, em um misto de filosofia e história, avalia como o fluxo de informações moldou a nós e o mundo onde vivemos, nos convidando a examinar a complexa relação entre informação e verdade, burocracia e mitologia, sabedoria e poder.

A partir do discernimento do pensador israelense colhe-se que a informação não é a matéria-prima da verdade, tampouco uma mera arma, sendo ele firme na esperança de que no meio termo entre esses extremos se redescubra a humanidade que nos une. E trilhando rastro da linha evolutiva recorda a maneira como a informação é produzida e disseminada, do telegrafo ao telefone e, mais recentemente, na *internet* e nas redes sociais.

A atenção do professor da Universidade Hebraica de Jerusalém em seu título *Nexus* passa pela ascensão das tecnologias com seus benefícios e desafios, entre os quais a disseminação rápida de informações e a manipulação de dados em larga escala. Nessa fascinante história de como as redes de informação definiram nosso mundo destaca um ponto central: a livre circulação de informação sempre resulta em um avanço positivo para a humanidade ao tempo em que contrapõe tal premissa ao argumentar que a proliferação de informação também pode levar a desinformação e a manipulação de massa.

É exatamente o que se constata: o homem atordoado em meio e sob influxo da comunicação massiva, a reclamar compreensão básica da complexidade do comportamento humano e social a partir da dinâmica interpessoal, do comportamento humano e as interações em uma sociedade cada vez mais complexa. Para necessária abordagem, sob a perspectiva da psicologia social, recorre-se ao legado de Elliot Aronson[306] em *O animal social,* com aportes de Joshua Aronson*,* que imerso na realidade fez um mergulho nas relações humanas, com ampla abordagem da psicologia social, inclusive sob a tendência de o homem buscar pertencer a algum grupo.

---

[305] *Nexus. Uma breve história das redes de informação, da Idade da Pedra à inteligência artificial.* Tradução de Berilo Vargas e Denise Bottman. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2024.
[306] Elliot Aronson, Joshua Aronson; tradução Marcello Borges. *O animal social.* Tradução Marcello Borges. São Paulo: Editora Goya, 2023

A esse campo especial da psicologia compete o estudo de como as pessoas pensam, sentem e se comportam em contextos sociais, trazendo a lume o professor da Universidade da Califórnia questões perturbadoras como preconceito, cultura da violência, efeitos da comunicação e da persuasão de massa, além de passar por temas como *bullying*, política, propaganda e ética. Em meio a ampla gama de fenômenos sociais, incluindo percepção social, influência social e interação interpessoal, busca entender, referido professor emérito, como as características individuais e as influências do meio social interagem para moldar o comportamento humano.

De seu pensamento fica em evidência três ideias fundamentais: d*issonância cognitiva*, em que se examina como as pessoas enfrentam desconforto psicológico quando suas crenças, atitudes ou comportamentos entram em conflito com os outros; i*nfluencia social,* em que se examina como as pessoas são afetadas pela presença de ações dos outros ao seu redor, explorando-se o fenômeno na perspectiva da desconformidade, obediência e persuasão e como as normas sociais, autoridades e grupos de referência podem influenciar o comportamento humano e, por derradeiro, ampla abordagem sobre p*reconceito e estigmas.*

Ao essencial pensamento, voltado para compreensão das complexidades da natureza humana e as interações sociais, valiosa contribuição vem de Zygmunt Bauman[307], autor da teoria da *modernidade líquida*, título imprescindível para se compreender as condições ambientais da vida social e política. Nessa obra o sociólogo explora a maneira como ocorreu a passagem da modernidade sólida para uma leve, infinitamente mais dinâmica e, ainda, como essa transição afetou os mais variados aspectos da nossa vida.

Um aspecto marcante na teoria da modernidade líquida é a caracterização da sociedade alicerçada em fundamentos sólidos, base para as relações sociais se desenvolverem regidas tanto pelo espaço físico quanto por horizontes temporais prolongados. Na sociedade soerguida em tais bases os seres humanos conseguiam ter noção de futuro na medida em que a ordem social era relativamente permanente e constante.

Certamente, como destaca esse grande pensador da modernidade, o que caracteriza a sociedade na era moderna é a fluidez, estado que utiliza como metáfora para identificar e caracterizar o estágio atual em que vive o homem. O que é fluido,

[307] Zygmunt Bauman. *Modernidade líquida.* Tradução de Plinio Dentzien. 1ª edição. Rio de Janeiro: Zahar. 2021

diversamente do sólido, não se fixa no espaço, nem prende ao tempo, muito menos se atém muito à forma, ao revés, está constantemente em mutação. E assim, a vida em termos fluídos está em constante alteração a exigir que o indivíduo se adapte constantemente ao ambiente que o cerca.

As relações líquidas são baseadas em momentos pontuais, fugazes, que se movem facilmente, consequentemente, são difíceis de serem contidas. Exatamente pela extraordinária mobilidade o fluído é associado à leveza e esta, por sua vez, à de mobilidade e de inconstância. A leveza e a impermanência fazem parte do mundo. Tudo é facilmente móvel, flexível e, portanto, incerto, resultando dessa inconstância uma sociedade que olha para o curto prazo, pois o longo prazo é incerto.

Nessas circunstâncias, ainda com apoio na perspicaz análise do professor emérito de Varsóvia[308], a ordem que permeia a vida em sociedade se torna frágil, onde a constante individualização das pessoas as torna indiferentes ao que não impactam diretamente suas vidas e a coletividade é, sem margem de dúvida, afetada por um mundo centrado, cada vez mais, no espaço restrito de cada um.

Sobressai exacerbado individualismo, em que cada um tem seu próprio mundo, com todas as suas particularidades. A esse axioma do mundo líquido soma-se outro: não se pode parar. Individualismo acelerado não tem lugar para zona de conforto por muito tempo, pois o progresso é – e deve ser – constante. Não há realização definitiva e, assim, o possível imobilismo faz quem dessa forma se portar ser engolido pelas transformações da sociedade. Aquele que não correr atrás do objetivo de vida provavelmente ficará sujeito a comentários negativos, pois o valor da pessoa se torna atrelado à corrida pelo progresso.

Resultado, o viver nesse mundo líquido, de constante aprender, de constante adaptar, de persecução de metas, enfim, de um mundo de não realização durável ou definitiva, leva a uma sociedade de pessoas ansiosas, incompletas e indeterminadas, fato desencadeador de ansiedade, depressão e perda de sono e, inexoravelmente, o comprometimento da saúde mental em níveis alarmantes[309].

---

[308] Modernidade líquida, *op.cit*.

[309] Causa e efeito, aliás, vêm posta com exatidão na apresentação desse relevante estudo, quando se assegura "A desintegração da rede social, a derrocada das agencias efetivas de ação coletiva, é recebida muitas vezes com grande ansiedade e lamentada como "efeito colateral" não previsto da nova leveza e fluidez do poder cada vez mais móvel, escorregadio, evasivo e fugitivo. Mas a desintegração social é tanto uma condição quanto um resultado da nova técnica do poder, que tem como ferramentas principais o desengajamento e a arte da fuga" (Obra citada, p. 23)

4. Epidemia invisível em decorrência de transtornos mentais

Conforme destacam, com propriedade, Roberto Heloani e Cláudio Garcia Capitão[310] o adoecimento mental hoje é influenciado pela fragmentação da vida cotidiana, pelo desprezo em relação as pessoas e pela busca frenética do sucesso a qualquer custo. A depressão, alertam os pesquisadores da Universidade Estadual de Londrina / PR, é considerada a doença da modernidade, e na mesma direção se encaminham tantos outros pesquisadores que se ocupam da mente humana em busca de resposta para o já considerado mal do século: a enfermidade neural.

Para Jonathan Haidt[311], uma verdadeira epidemia invisível acerca de transtornos mentais, mal que vem crescendo de forma consistente e silenciosamente, afetando os relacionamentos sociais, a dinâmica familiar, o desempenho escolar e, sobretudo, a qualidade de vida das pessoas. O alerta do professor da Universidade de Nova York vem no sentido de que, na última década, veio à tona uma crise de saúde mental sem precedentes entre jovens e adolescentes, destacando como a taxa de ansiedade, depressão e até pensamentos suicidas aumentou drasticamente nesse grupo.

Segundo referido cientista a causa do fenômeno é atribuída, em parte, às mudanças culturais e tecnológicas, especialmente o advento das redes sociais. Isso porque ao invés de as plataformas oferecerem conexão e pertencimento elas, ao revés, amplificam sentimentos de inadequação e isolamento, além de o uso excessivo de dispositivos digitais contribuir para a substituição de interações presenciais por relações superficiais e não raro tóxicas. O resultado? Pessoas, principalmente os jovens, passarem mais tempo expostos a críticas, comparações e pressão para se apresentarem de forma idealizada, prejudicando uma autoestima saudável.

O certo é que, embora as redes sociais tenham surgido como ferramenta para conectar pessoas e promover interações, seus efeitos negativos sobre a saúde mental são incontestáveis, revelando estudos mencionados pelo professor americano que o uso intensivo de redes sociais está diretamente associado ao aumento de ansiedade, depressão e sensação de isolamento e, ainda, para quem essas ferramentas propiciam também espaço de comparações e idealizações, com ambientes irreais,

---

[310] Gestão da subjetividade e saúde mental: para onde vamos? *in Sociedade em transformação. Estudos das relações entre trabalho, saúde e subjetividade,* v.2, (org. Roberto Heloani, Regina Márcia Brolesi de Souza e Rosângela Rocio Jarros Rodrigues). Londrina-PR: Eduel, 2015, p. 105

[311] A *geração ansiosa. Como a infância hiperconectada está causando uma epidemia de transtornos mentais.* Tradução Lígia Azevedo. 1ª ed. 4ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2024.

cuidadosamente editados em busca de curtidas e validação, o que só intensifica sentimentos de inadequação, com potencial para amplificar o estresse em caso de desaprovação ou comentário negativo.

Procurando entender a enfermidade, já considerada a patologia do Século XXI, Byung-Chul Han[312] agrega grande contribuição ao defender que o adoecimento não tem origem nem bacteriológica e nem viral, mas *neural*. E que a sociedade de uma vertente punitiva ligada à noção disciplina cambiou para uma sociedade chamada *motivacional*, motivação exacerbada que leva a uma sociedade caracterizada pelo cansaço.

A motivação é constante e vem por vários meios, interiores e externos, internalizando-se tudo isso como se fosse o certo, o correto, o que é bom para o indivíduo ter uma vida boa e para que possa ser feliz, o que, para o psicólogo sul-coreano, é humanamente impossível. É dele a impressão de que a motivação tão extremada leva a situação de adoecimento pelo fato de o próprio indivíduo, enquanto integrante de uma sociedade ou um indivíduo consumidor, está sujeito a desempenho cobrado por ele e por outrem.

Outro aspecto da maior relevância para a reflexão, colhido da obra "sociedade do cansaço" é o *déficit* de atenção gerado por barulhos e estímulos externos que impedem a concentração e o pensamento mais profundo, aquilo que é da essência do *ser humano*. Tais questões fazem com que o homem não consiga conexão consigo mesmo, levando-o a um estado de atenção multitarefas, condição que é própria do selvagem.

Para ilustrar o retrocesso causado pela atenção fragmentada o professor da Universidade de Berlim lembra que *multitarefa* tem sua utilidade amplamente disseminada como técnica de atenção indispensável à sobrevivência própria do animal em estado selvagem, buscando na selva a comprovação da assertiva. Uma hiena - ou um leão -, só para exemplificar, nunca está focada em uma só atividade, porque o alerta de perigo a faz, a um só tempo, cuidar da prole, da segurança do grupo, comer vigiando todo o entorno – a frente, atrás, de um lado, do outro, acima no dossel da floresta – para não se tornar a própria presa. Exatamente por isso o selvagem não é capaz de aprofundamento contemplativo; não pode mergulhar ou observar detida e com vagar

[312] *Sociedade do Cansaço.* Petropolis: Editora Vozes. 1ª Edição. 2015.

sobre aquilo que está diante de si. Por isso, a fragmentar a atenção não representa nenhum progresso civilizatório.

O predomínio do excesso de estímulos e a multiplicidade de tarefas destrói a atenção, a sua qualidade muda diz a neurocientista Maryanne Wolf[313], recebendo ainda a atenção multitarefas os efeitos colaterais do mundo em veloz e incessante transformação. Não mais o impacto de tempos passados, baseado em sistema de punição, de hierarquia, de eficiência e reconhecimento social pela superação das próprias limitações, mas efeitos correlatos a uma nova forma de organização coercitiva, alicerçada na *positividade* bem representada por superlativos: superprodução, superdesempenho, supercomunicação ou superconsumo, e assim por diante.

Trata-se na verdade de uma forma de violência, chamada violência da positividade, que se revela com agudez por ser inacessível a uma percepção direta; ela, a violência da positividade, não é particular nem exclusiva, mas é saturante e exaustiva e, por isso, antes de ser uma patologia *singular* ao indivíduo ela é hostil ao próprio sistema. É uma patologia imanente ao sistema.

Portanto, tendo por alicerce a lição de Byung-Chul Han, em a *Sociedade do Cansaço,* é firme a convicção de que a atenção ampla, rasa, própria de atividades multitarefas e os efeitos colaterais do mundo líquido aproxima cada vez mais a sociedade humana da vida selvagem e, sem atenção profunda e sem tempo para o descanso adequado, o homem regride e, ao invés, de viver bem cada vez mais ele se preocupa em sobreviver.

5. A saúde da mente e o governo da razão

Ambiente digital e sociedade *motivacional,* sem o homem usufruir do adequado descanso, leva ao desgoverno da razão e ao adoecimento mental. Para o mínimo entendimento do "eu" e do gerenciamento da emoção como essencial à estabilidade e

[313] Sob esse aspecto tem Byung-Chul Han idêntica percepção à da neurocientista Maryanne Wolf, quando ao apresentar sua obra "O cérebro no mundo digital" chama à reflexão: "Basta você olhar para si próprio. Provavelmente, você já percebeu como a qualidade da atenção mudou a medida que lê mais e mais em telas e recursos digitais. Provavelmente, você sentiu uma sensação aflitiva de que alguma coisa sutil está faltando ao tentar mergulhar num livro de que já gostou. Como um membro fantasma, você se lembra de quem era enquanto leitor, mas não consegue convocar aquele 'fantasma atento' com a mesma alegria que sentia outrora, ao ser transportado de um lugar fora de você para aquele espaço íntimo". E mais, referida pesquisadora chama a atenção para o fato de que "As crianças tem ainda mais dificuldade, porque sua atenção e continuamente distraída e inundada por estímulos que não chegarão nunca a consolidar-se em seus repositórios de conhecimentos". (O cérebro no mundo digital: os desafios da leitura na nossa era. Tradução Rodolfo Ilari, Mayumi Ilari – São Paulo: Contexto Editora, 2019).

ao equilíbrio, consequentemente, à higidez mental, busca-se subsídios na psiquiatria, tomando-se por base o pensamento de Augusto Cury[314], quando examina em a "*intoxicação digital*" como essa impregnação compromete a mente humana, fazendo-a adoecer.

Sob esse aspecto o professor da Universidade de São Paulo (USP), perpassa pelo insondável planeta mente e por alguns elementos da construção do pensamento, colocando em relevo teoria sobre o processo de construção do "eu". Toda criação na percepção do autor da teoria da Inteligência Multifocal, das artes, a escultura, a arquitetura, a dança o teatro, tudo, é confeccionado pela capacidade humana de se reinventar, duvidar, dar respostas inovadoras, sensíveis e subliminares, vale dizer, o homem constrói conhecimentos pautados em pensamentos.

Pontuados pelo pensamento de igual forma são as riquíssimas, e as vezes turbulentas, relações com os outros e com ele mesmo, e que vão confeccionar a identidade e a expressividade de características de personalidade, como timidez, ousadia, empatia, egoísmo, resiliência e fragilidade, não ficando nem a emocionalidade fora da influência dos pensamentos.

Essa emocionalidade nos tempos atuais está impregnada pela intoxicação digital e correlatos efeitos colaterais sobre a mente, ao ponto de a emoção doentia dominar o "eu" e não ao contrário o "eu" gerenciar a emoção, um verdadeiro desgoverno da razão. É evidente ainda a constatação de que toda vez que a mente está saturada de informações o risco de gerar a síndrome do pensamento acelerado é alto, o que gera mentes comparativas e que, por sua vez, gera perda de autonomia[315].

A mente saturada leva ao pensar acelerado que, turbinado pela impregnação digital, vai interferir não só na construção do pensamento, mas também na construção do "eu"[316]. "Eu" que representa capacidade de escolha, autodeterminação, identidade de um ser humano que, por ser diferente de infinidade de outros seres humanos, tem características de personalidade, preferências, gostos, visão de vida e relacionamentos diferentes por causa da sua identidade[317].

Daí o alerta do cientista no sentido de que intoxicados digitais somos ainda mais desconhecidos de nós mesmos, não nos deixando esquecer que "nossa mente tem mais

---

[314] *Intoxicação digital. Como enfrentar o mal do milênio.* 2ª ed. São Paulo: Benvirá, 2024
[315] *Idem*, p.18
[316] *Idem,* p. 22
[317] *Idem*, p. 22/23

segredos do que o universo físico"[318], ou, na expressividade humana de Viktor E. Frankl[319] que nunca nos esqueçamos de qual "o sentido da vida", providencias vitais para o enfrentamento da neurose coletiva que assola a humanidade[320].

6. Impacto do uso inadequado de dispositivos eletrônicos sobre a saúde mental da criança e do adolescente

Vem do campo da medicina, mais especificamente da Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP) [321], a constatação e a explicação de como a saúde mental do homem e em particular da criança e do adolescente está sendo afetada por dispositivos eletrônicos, como aplicativos, celulares, televisores, *tablets*, e como o uso de dispositivos eletrônicos pode causar na criança sintomas que marcam a ausência de laço afetivo, além do que estímulos visuais e auditivos não são suficientes para o desenvolvimento da criança e para a aquisição de habilidades motoras, cognitivas e comportamentais.

Embora a preocupação dos pensadores se volte para a saúde mental do homem em sentido geral maior atenção tem se concentrado na criança e no adolescente. Isso porque o uso de dispositivos eletrônicos pode causar na geração que conduzirá o amanhã prejuízos pelas múltiplas influências e os vácuos afetivos que as mídias causam, prejudicando o desenvolvimento cerebral e mental, que é, por certo dinâmico, e complexo. A complexidade se mostra ainda com maior agudez pela circunstância de ser nessa fase da vida que perpassam emoções e as reações de medo ou causadoras de ansiedade e depressão, em associação ao que acontece no contexto familiar, social ou cultural, definidoras do "eu" definido e marcante.

De fato, ressalta a sociedade médica que há de se considerar que o tempo de maturação do córtex pré-frontal, responsável pelas funções cognitivas e executivas do controle dos impulsos, julgamento, resolução de problemas, atenção, inibição, memória, tomada de decisões, é assíncrono em relação ao sistema límbico que é

---

[318] *Idem,* 25

[319] *Em busca de sentido. Um psicólogo no campo de concentração.* Tradução de Walter O. Schlupp e Carlos C. Aveline. 39ª edição. São Leopoldo: Sinodal; Petrópolis: Vozes, 2016.

[320] Para esse humanista, psicólogo sobrevivente do campo de concentração, portanto, que suportou os horrores imprimidos pela ideologia do nazismo de Hitler "Cada época tem sua própria neurose coletiva, e cada época necessita de sua própria psicoterapia para enfrentá-la", para quem a "neurose em massa da atualidade, pode ser descrita como forma privada e pessoal do niilismo; o niilismo, por sua vez, pode ser definido como a posição que diz não ter sentido o ser". (Obra citada, p. 151).

[321]Disponível em: https://www.sbp.com.br/fileadmin/user_upload/24604c-MO__MenosTelas__MaisSaude-Atualizacao.pdf

estimulado por emoções. E que esse descompasso é intensificado no início da puberdade entre os 10-12 anos, podendo chegar até os 25-30 anos. Vem daí, pois, os componentes típicos do adolescente, não só de curiosidade e impulsividade, mas quando arriscam seus próprios limites, inclusive quando participa de jogos *videogames*, de desafios virtuais, *selfies* em locais extremos e inseguros ou nas redes sociais[322].

O poder de atração e disseminação de conteúdos nas telas se apresenta quase invisível, dissimulado, com ares de inofensivo, mas que em realidade imprime perverso impacto sobre a saúde mental[323], por acontecer muitas vezes em ambiente de jogos e de redes sociais *online*, de operadoras que oferecem *sites* e casas de apostas (*bets* em inglês), como suposta atividade de entretenimento com massiva propaganda por "influenciadores", personalidades esportivas e do meio artístico ou não, atuando crianças e adolescentes como modelos de propaganda em programas comerciais da TV e publicidade em redes digitais, tudo isso podendo ser aliado a atrativos e bonificações.

Foi nesse obscuro e perigoso cenário que a Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP)[324] realizou pesquisa, atualizada no ano de 2024, com constatação de dados alarmantes. Das 2.704 famílias com entrevistas de crianças e adolescentes brasileiros entre 09 e 17 anos, 95% estão conectados, sendo que o uso ocorre pelo telefone celular em 97%, por televisão em 70% e pelo computador em 38%. Nesse universo, constatou-se que 82% assiste vídeos e 59% joga *online* através das multimídias, possuindo 88% desse grupo perfil em redes sociais. O que foi considerado extremamente preocupante pelos pesquisadores foi que os dados de 24% relatar o primeiro acesso à internet até os seis anos e 63% até os 10 anos de idade.

---

[322] Periódico Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP) citado, p. 4-5

[323] As experiências adquiridas por crianças e adolescentes por meio das telas, como a aprendizagem da agressividade e da intolerância manifesta em jogos e redes, se não forem melhor reguladas terão impacto no comportamento e estilo de vida até a fase adulta. Alertam os especialistas ainda que entre os principais problemas médicos que podem afetar a saúde da população pediátrica, constam: Dependência Digital e Uso Problemático das Mídias Interativas; Problemas de saúde mental: irritabilidade, ansiedade e depressão; Transtornos do *déficit* de atenção e hiperatividade; Transtornos do sono; Transtornos de alimentação: sobrepeso/obesidade e anorexia/bulimia; Sedentarismo e falta da prática de exercícios; Bullying & cyberbullying; Transtornos da imagem corporal e da autoestima; Riscos da sexualidade, nudez, *sexting*, extorsão, abuso sexual, estupro virtual; Comportamentos autolesivos, indução e riscos de suicídio; Aumento da violência, abusos e fatalidades; Problemas visuais, miopia e síndrome visual do computador; Problemas auditivos, perda auditiva induzida pelo ruído; Transtornos posturais e musculoesqueléticos; Uso de nicotina, *vaping*, bebidas alcoólicas, maconha, anabolizantes e outras drogas (Periódico SBP, *cit.*).

[324] Periódico SBP, item: Alguns dados, p. 3-4, *cit.*

Relatos envolvendo conteúdos sensíveis sobre alimentação ou sono chegou a 20%, enquanto formas de machucar a si mesmo a 16%, de cometer suicídio 14% e experiências com o uso de drogas a 11%. E mais, ao redor de 26% foram tratados de forma ofensiva (discriminação ou *cyberbullying*) e 16% relatou ter visto ou recebido imagens, vídeos ou mensagens de conteúdo sexual. A amostra revelou ainda que 24% ficaram muito tempo na *Internet* e 25% não conseguiram controlar o tempo de uso, mesmo tentando passar menos tempo conectado.

Um quadro desolador que, aliás, não passa despercebido da Organização Mundial da Saúde (OMS), que ao revisar a Classificação Internacional de Doenças (CID-11)[325] definiu o transtorno como um padrão de comportamento de jogo (jogo digital ou videogame), caracterizado por controle e priorização dada ao jogo sobre outras atividades, sendo relevante para a determinação como doença a precedência do passatempo sobre outros interesses e atividades diárias, com sua continuação ou escalada apesar da ocorrência de consequências negativas.

Quando se analisa o documento da OMS fica claro que, para o reconhecimento dos distúrbios e condições de saúde, foram levados em consideração critérios para jogos de videogames como "*gaming disorder*" nº 6 C 51. 0 (*online*) e nº 6 C 51.1 (*off-line*) e ainda o Q E 22 para jogos perigosos ou "*hazardous gaming*", causadores de fatalidades, coma, pneumonias, asfixia e outros acidentes decorrentes dos jogos de provocação e violência que existem nas redes sociais e aplicativos, frequentemente usados por adolescentes em vídeos e webcam.

O mundo digital é, sem dúvida, perigoso e o poder de atração contagiante, impactando severamente a saúde mental da criança e do adolescente, com comprometimento de toda uma geração.

7. Panorama da saúde mental no mundo

O estágio da saúde mental no mundo hoje é desolador, o que levou a Organização Mundial da Saúde (OMS)[326] declarar estado de atenção prioritária em saúde mental. Frente à realidade que se apresenta a Organização[327] em 2019 divulgou, na maior

[325] Disponível em: https://www.who.int/standards/classifications/frequently-asked-questions/gaming-disorder

[326] OMS destaca necessidade urgente de transformar saúde mental e atenção - OPAS/OMS | Organização Pan-Americana da Saúde

[327] Revisão sobre saúde mental, divulgada em Genebra, no dia 17/07/2022: OMS destaca necessidade urgente de transformar saúde mental e atenção - OPAS/OMS | Organização Pan-Americana da Saúde.

revisão mundial sobre saúde mental desde a virada do século, que quase um bilhão de pessoas (incluindo 14% dos adolescentes do mundo) viviam com um transtorno mental, sendo tais transtornos a principal causa de incapacidade.

As pessoas com condições graves de saúde mental morrem em média 10 a 20 anos mais cedo do que a população em geral, além do que o abuso sexual infantil e o abuso por intimidação são importantes causas da depressão, encontrando também entre as ameaças estruturais as desigualdades sociais e econômicas, emergências de saúde pública, guerra e crise climática, de forma que, naquele ano, um em cada oito pessoas em todo o mundo vivia com um transtorno mental, sendo os mais comuns ansiedade e depressão[328].

Esse número em 2020, primeiro ano da pandemia de COVID-19, aumentou em 25%[329]. Nessa escalada, embora exista opções eficazes de prevenção a enfermidade viral, ganha contornos de calamidade a enfermidade neural, atingindo com maior força aquelas pessoas que possuem menos recursos e que não tem acesso a cuidados eficazes ou minimamente adequados.

Vigilante e acompanhando de perto o evoluir dos transtornos mentais pelo mundo a Organização Mundial da Saúde (OMS) chamou a comunidade internacional a intervir e fornecer sistemas que cuidem da saúde mental, tendo os seus 194 Estados Membros assinado Plano de Ação Integral de Saúde Mental 2013-2030, com metas globais para transformar a saúde mental[330].

Assim, essa comunidade internacional conta com o novo Atlas da Saúde Mental 2020 da OMS, que tem como objetivo monitorar o progresso dos países em direção as metas do Plano de Ação Global de Saúde Mental para 2030[331]. Dele consta várias recomendações de ação que se concentram na mudança de atitudes em relação à saúde mental, mudança de atitude urgente porque transtornos mentais e transtornos relacionados a substâncias psicoativas são causas importantes de morbidade, incapacidade e mortalidade prematura, além de causar estigma, exclusão social e discriminação, o que só agrava a situação[332].

---

[328] Cf. Tribunal Superior do Trabalho (TST): https://tst.jus.br/-/dia-mundial-da-sa%C3%BAde-ambientes-profissionais-devem-promover-aten%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-sa%C3%BAde-mental#:~:text=Ainda%20segundo%20a%20OMS%2C%20o,OMS%20em%20junho%20de%202022.
[329] https://www.paho.org/pt/noticias/2-3-2022-pandemia-covid-19-desencadeia-aumento-25-na-prevalencia-ansiedade-e-depressao-em, capturado em 05/04/2025
[330] *idem*
[331] Disponível em: https://news.un.org/en/story/2021/10/1102492
[332] Disponível em: https://news.un.org/en/story/2021/10/1102492

Mas, apesar do empenho e natural expectativa por resultados alentadores, lamenta a OMS que dos dados enviados por 171 países (que cobre cerca de 97% da população mundial) nenhuma das metas para liderança e governança estabelecidas para 2020 foram alcançadas, sendo que apenas 51% dos países possuem política de saúde mental em conformidade com os instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos[333].

Ainda segundo a OMS[334] apenas 39% dos países reportam ter políticas nacionais atualizadas em saúde mental, prevalecendo entre os transtornos a depressão, a ansiedade, a esquizofrenia, o transtorno bipolar e o uso de substancias, sendo que a depressão e a ansiedade tiveram aumento significativo pelo impacto da COVID-19.

Em relação à América, colhe-se de informe da Organização Panamericana da Saúde (OPAS)[335] que ao menos 39% dos países e territórios desse continente (que corresponde a 95% do total da região) participou do Atlas da Saúde Mental das Américas 2020, e desses, 87% dispõem de alguma política ou plano de saúde mental e 16% de legislação independente sobre saúde mental.

8. Proteção à saúde no sistema brasileiro

No Brasil a saúde conquistou *status* de direito constitucional social[336] de todos e dever do Estado, devendo este garantir acesso universal e igualitário a serviços de saúde e, ainda, formular políticas sociais e econômicas para reduzir risco de doenças, direitos e garantias essas que base na Constituição Federal de 1988[337]. Além disso,

---

[333]Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/150658-metas-de-sa%C3%BAde-mental-para-2020-n%C3%A3o-foram-alcan%C3%A7adas-lamenta-oms#:~:text=Metas%20de%20sa%C3%BAde%20mental%20para%202020%20n%C3%A3o%20foram%20alcan%C3%A7adas%2C%20lamenta%20OMS,-08%20outubro%202021&text=Novo%20Atlas%20de%20Sa%C3%BAde%20Mental,a%20servi%C3%A7os%20de%20sa%C3%BAde%20mental.

[334] Disponível em: Mental Health ATLAS 2020: https://www.who.int/publications/i/item/9789240036703

[335]file:///G:/Meu%20Drive/AAAAAA%20PASTA%20GERAL/ATIVIDADES%20ACADEMICAS/AAACONGRESSOS-INTERNACIONAL/PORTUGAL-IBEROA/Atlas%20saude%20ental%20nas%20americas.pdf

[336] Brasil. Constituição Federal. Art. 6º- São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

[337] Brasil. Constituição Federal. Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Art. 197 - São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Art. 198

seguindo orientação contida na Convenção dos Direitos da Criança aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas assegurou a Constituição brasileira[338] proteção integral à criança e ao adolescente como prioridade absoluta.

A partir dessa base sólida, no âmbito do sistema jurídico nacional, sob o horizonte da proteção à criança e ao adolescente, traz-se ligeiras noções.

Relativamente à proteção na primeira idade o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069 de 13 de julho de 1990[339], reitera que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-lhes todas as oportunidades para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, sendo dever da família, da sociedade em geral e do poder público zelar pela efetivação dos direitos.

Com o propósito de aprimorar o Estatuto (ECA) a Lei 11.829, de 25 de novembro de 2008, dispôs sobre o combate à produção, venda e distribuição de

---

- As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade [...]

[338] Brasil. Constituição Federal. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

[339] Lei n. 8069/ 90: Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

pornografia infantil, bem como criminalizou a aquisição e a posse de tal material e outras conditas relacionadas à pedofilia na *internet*[340].

A essa normatividade se seguiu a Lei n. 13.257, de 08 de março de 2016[341], que dispõe sobre políticas públicas e reitera o Marco legal da Primeira Infância para reiterar a promoção e formação da cultura de proteção e promoção da criança, o direito à saúde, além dos direitos ao brincar, ser estimulado e desenvolver seus potenciais e sem ser vítima de maus tratos ou exploração.

Em outra Lei – a de n. 13.185, de 06 de novembro de 2015[342] – foi instituído programa de combate à intimidação sistemática (bullying ou sua variante digital *cyberbullying*) ou ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o intuito de intimidar, agredir, depreciar, ou adulterar fotos, imagens ou dados pessoais visando criar meios de constrangimento psicossocial. A hipótese de *cyberbullying* foi caracterizada como crime, com pena reclusão de 2 a 4 anos e multa, se os atos que constituírem crimes mais graves.

Esta legislação enfatiza ainda a importância de medidas preventivas e educativas, estabelecendo que instituições de ensino, tanto públicas quanto privadas, implementem protocolos de proteção e realizem capacitação continuada do corpo docente. Isso inclui integrar a comunidade escolar no desenvolvimento de estratégias de segurança e conscientização sobre os perigos, tanto do *bullying,* quanto do *cyberbullying*.

Ainda no âmbito desse esforço protetivo, da maior importância, vem refletida na Lei 14.811, de 12 de janeiro de 2024[343], que estabelece a Política Nacional de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual da Criança e do Adolescente, um reforço à rede de proteção com medidas concretas e práticas para o atendimento especializado às vítimas e suas famílias, e para a promoção de conhecimento e pesquisa sobre as formas de prevenção e combate a esses crimes.

Com o objetivo de elaborar políticas, fiscalizar ações, acompanhar orçamentos foi criado, por meio da Lei n. 8.242, de 12 de outubro de 1991, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda). Esse órgão do governo brasileiro

[340] Lei 11.829, de 25 de novembro de 2008 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11829.htm
[341] Lei n. 13. 257/2016 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm
[342] Lei n. 13.185/2015 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm
[343] https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/l14811.htm

editou a Resolução n. 245, publicada em abril de 2024, dispondo sobre direitos da criança e do adolescente em ambiente digital ao tempo em que delineia uma abordagem compartilhada entre o governo, a sociedade e o setor privado para garantir a segurança *online* deste público.

Essa resolução propõe diretrizes claras para a implementação de políticas públicas que promovam o uso seguro da *internet*, com um enfoque especial na educação digital nas escolas sob a perspectiva de conduzir o jovem a navegar de forma segura e responsável pelo mundo virtual, desenvolvendo habilidades digitais ciente dos próprios direitos e responsabilidades *online*, enfim, que o jovem esteja alinhado com as rigorosas normas de proteção de dados como estabelecido pela Lei n. 13.709/2018, com redação dada pela Lei n. 13.853, de 08 de julho de 2019, que instituiu o regime Geral de Proteção de Dados (LGPD)[344].

No que diz respeito às relações de trabalho a proteção à saúde conferida pela Constituição Federal à vida e à saúde do cidadão se estende, por óbvio, ao cidadão trabalhador, direito social que encontra proteção regulamentar na ordem jurídica infraconstitucional. Alinhada com a normativa internacional[345] a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)[346], no capítulo que trata da segurança e medicina do trabalho[347] delega competência ao Ministério do Trabalho[348] para, em vista de peculiaridades e particularidades, estabelecer normas complementares sobre condições de trabalho.

Em decorrência dessa delegação foi editada a Portaria n. 3.214, de 08 de junho de 1978[349], estabelecendo Normas Regulamentadoras (NR) sobre segurança e

[344] https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm#art1
[345] Convenções da OIT: n. 148 – sobre meio ambiente do trabalho; n. 155 – sobre saúde e segurança no trabalho e n. 161 – sobre serviço de saúde no trabalho.
[346] A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, traz capitulo sobre saúde e segurança no trabalho
[347] CLT art. 153 e ss.
[348] CLT art. 200
[349]https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/assuntos/inspecao-do-trabalho/seguranca-e-saude-no-trabalho/sst-portarias/1978/portaria_3-214_aprova_as_nrs.pdf

medicina do trabalho. Entre as 38 NRs destaca-se a NR-1[350], com nova redação dada pela Portaria MTe n. 1.419, de 27 de agosto de 2024[351].

Assim, com base nesse arcabouço legal, o governo institui e busca o cumprimento de políticas públicas em matéria de saúde.

9. Ações de atenção básica a saúde mental no Brasil

Informe do Ministério da Saúde do Brasil[352], atualizado em 04/11/2022, relata que na América Latina o Brasil é o país com maior prevalência de depressão[353], doença multifatorial causada por fatores biológicos, psicológicos e sociais[354], ocupando as Américas o segundo lugar. Aponta a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) ainda para importância da genética em algumas formas de depressão, apesar de indivíduos sem histórico familiar também apresentarem o transtorno. A gravidade, frequência e duração variam de acordo com cada pessoa e suas condições

---

[350] Entre as normas que constituem patamar mínimo de proteção está a NR-1, atualizada em 2024 para vigorar a partir de 26 de maio de 2025, visando promover a saúde mental dos trabalhadores e criar ambiente de trabalho mais seguro, além de instituir obrigação de a empresa avaliar e gerir riscos psicossociais no trabalho. Dispõe NR-1, com a nova redação dada pela Portaria MTE n. 1.419, de 27 de agosto de 2024, que seu objetivo é estabelecer as disposições gerais, o campo de aplicação, os termos e as definições comuns às normas relativas à segurança e saúde no trabalho e as diretrizes e os requisitos para o gerenciamento de riscos ocupacionais, bem como medidas de prevenção em Segurança e Saúde no Trabalho – SST.

[351] Para fins de prevenção e gerenciamento dos riscos ocupacionais deve a empresa seguir o quanto disposto no item 1.5 da NR-1, acrescido pela Portaria MTE nº 1.419, de 27 de agosto de 2024 https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/comissao-tripartite-partitaria-permanente/normas-regulamentadora/normas-regulamentadoras-vigentes/NR01atualizada2024II.pdf

[352] https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/setembro/na-america-latina-brasil-e-o-pais-com-maior-prevalencia-de-depressao

[353] Segundo os pesquisadores que embasam o informe do Ministério da Saúde do Brasil "depressão é um transtorno mental associado a sentimentos de incapacidade, irritabilidade, pessimismo, isolamento social, perda de prazer, déficit cognitivo (memória e raciocínio ficam prejudicados), baixa autoestima e tristeza, que interferem na vida diária. Ela afeta as capacidades de trabalhar, dormir, estudar, comer, socializar, entre outros. Esse transtorno é caracterizado por sentimentos negativos e que persistem por pelo menos duas semanas, causando prejuízos". Conf. https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/setembro/na-america-latina-brasil-e-o-pais-com-maior-prevalencia-de-depressao, capturado em 20/04/2025.

[354] A enfermidade mental tem como sintomas, que devem ser observados como sinal de alerta: "humor deprimido, irritabilidade, ansiedade e angústia; desânimo ou cansaço elevado; diminuição ou incapacidade de sentir alegria e prazer em atividades anteriormente consideradas agradáveis; desinteresse, falta de motivação e indiferença; sentimentos de medo, insegurança, desesperança, desamparo e vazio; ideias frequentes e desproporcionais de culpa, sensação de falta de sentido na vida, inutilidade, fracasso e pensamentos de morte; interpretação distorcida e negativa da e alidade; dificuldade de concentração, raciocínio mais lento e esquecimento; diminuição da libido; perda ou aumento do apetite e do peso; insônia, despertar matinal precoce ou aumento do sono; dores e outros sintomas físicos não justificados por problemas médicos, como dores de barriga, má digestão, azia, diarreia, constipação, tensão na nuca e nos ombros, dor de cabeça ou no corpo, sensação de corpo pesado ou de pressão no peito, entre outros". Conf. https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/setembro/na-america-latina-brasil-e-o-pais-com-maior-prevalencia-de-depressao, capturado em 20/04/2025.

psíquicas, sendo a depressão, de qualquer forma, a principal causa de incapacidade em todo o mundo, estimando-se mais de 300 milhões de pessoas, de todas as idades, sofram com esse transtorno[355].

O cenário mundial ou americano, objeto de alerta da OMS e de atenção da agencia internacional de saúde pública (OPAS), não é diverso no Brasil por contar o país com política de saúde mental, um conjunto organizado de valores, princípios, objetivos, ações e diretrizes para melhor a saúde e reduzir a carga de transtornos mentais.

São políticas e planos colocados em ação por força de garantias fundamentais sociais do cidadão, asseguradas pela Constituição Federal de 1988[356], que também enuncia ser a saúde direito de todos e dever do Estado[357]. Além disso, em seção própria, quando trata da seguridade social[358], o sistema constitucional deixa assentada base fundante para a instituição de Sistema Único de Saúde (SUS) dotado dos princípios mais democráticos de universalidade e equidade.

---

[355] Ainda conforme ainda o conteúdo do informativo "Ao longo da vida, diversos eventos podem ser gatilhos para um episódio depressivo: traumas na infância, perda de pessoas queridas, mudanças significativas na rotina, uso de substâncias psicoativas e outros. A depressão durante a infância e adolescência muitas vezes se manifesta a partir de sintomas diferentes daqueles apresentados por adultos, por isso, uma mudança brusca de comportamento precisa ser avaliada".
Cf.https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/setembro/na-america-latina-brasil-e-o-pais-com-maior-prevalencia-de-depressao, capturado em 20/04/2025

[356] Art. 6º - Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[357] Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

[358] Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. [...] Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. [...] Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Amparada nessa base sólida a Lei nº 8.080, de 1990, regula as ações e serviços de saúde em todo o território nacional, enquanto a Lei n° 8.142, de 1990, dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS. A saúde tomada em acepção ampla, independentemente de causa, condicionantes ou fatores sociais, econômicos, culturais, psicológicos e comportamentais, é objeto política pública e tem ampla cobertura do seguro social. Dessa forma, mesmo que haja limitação na prestação da assistência em virtude da universalização e da ampla cobertura ou de carência de recursos públicos financeiros ou humanos atenção a saúde mental existe.

Avançando, o Estado brasileiro com o propósito de dar efetividade à sua política de atenção básica à saúde com vista a proporcionar a toda população condições dignas, disponibiliza um conjunto de serviços de saúde a pessoas com sofrimento mental, incluindo aquelas com necessidades decorrentes do uso prejudicial de álcool entre outros. Esses serviços são oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) através da Rede de Atenção Psicossocial (RAPS)[359], contando a rede com variedade de serviços de saúde, equipamentos e estratégias para a atenção básica à população, baseada nos princípios fundamentais da universalidade, integralidade e equidade na busca de atendimento acessível, amplo e justo para todos.

Perseguindo tal intento - e com a atenção voltada para as relações de trabalho - foi sancionada a Lei nº 14.831, de 27 de março de 2024, com o objetivo de incentivar as empresas a promover saúde e o bem-estar dos trabalhadores. Por meio dessa lei instituiu-se certificado para empresas que promovem a saúde mental no ambiente de trabalho, com boas práticas[360].

---

[359] Rede de Atenção da Previdência Social (RAPS) foi instituída pela Portaria n. 3.088, de dezembro de 2011, com o objetivo de criar, expandir e coordenar, centro do Sistema Único de Saúde (SUS), pontos de atenção à saúde. https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html

[360] Nos termos do art. 3º da Lei n. 14.831/2024 as empresas interessadas em obter a certificação prevista nesta Lei devem desenvolver ações e políticas fundamentadas nas seguintes diretrizes: I – promoção da saúde mental: a) implementação de programas de promoção da saúde mental no ambiente de trabalho; b) oferta de acesso a recursos de apoio psicológico e psiquiátrico para seus trabalhadores; c) promoção da conscientização sobre a importância da saúde mental por meio da realização de campanhas e de treinamentos; d) promoção da conscientização direcionada à saúde mental da mulher; e) capacitação de lideranças; f) realização de treinamentos específicos que abordem temas de saúde mental de maior interesse dos trabalhadores; g) combate à discriminação e ao assédio em todas as suas formas; h) avaliação e acompanhamento regular das ações implementadas e seus ajustes; II - bem-estar dos trabalhadores: a) promoção de ambiente de trabalho seguro e saudável; b) incentivo ao equilíbrio entre a vida pessoal e a profissional; c) incentivo à prática de atividades físicas e de lazer; d) incentivo à alimentação saudável; e) incentivo à interação saudável no ambiente de trabalho; f) incentivo à comunicação integrativa; III - transparência e prestação de contas: a) divulgação regular das ações e das políticas relacionadas à promoção da saúde mental e do bem-estar de seus trabalhadores nos meios de comunicação utilizados pela empresa; b) manutenção de canal para recebimento de sugestões e de avaliações; c) promoção do desenvolvimento de metas e análises periódicas dos resultados relacionados

Mas não é só. As empresas precisam ir além por força do quanto dispõe a Norma Regulamentadora nº 1[361] já referida. Por força dessa norma as empresas que mantenham vínculo empregatício, incluindo as públicas, privadas, urbanas ou rurais, devem zelar por ambiente de trabalho seguro e salubre, incumbindo-lhe identificar e gerenciar riscos psicossociais, como assédio, sobrecarga, jornadas longas e falta de autonomia. Devem também criar plano para prevenir problemas como estresse, *burnout* e ansiedade, adotar medidas para promover o bem-estar mental dos trabalhadores e, ainda, acompanhar o impacto das ações de saúde mental.

Sendo assim, a norma que estabelece diretrizes de saúde e segurança no trabalho inclui riscos psicossociais no Gerenciamento de Riscos Ocupacionais, devendo as empresas adotar medidas preventivas para proteger a saúde mental dos trabalhadores. De acordo com as novas exigências, a empresa deve identificar e avaliar riscos psicossociais; desenvolver um plano de ação, com metas e prazos; criar programas de apoio psicológico e de bem-estar; flexibilizar horários; capacitar gestores para identificar sinais de estresse e *burnout*; realizar palestras sobre saúde mental e ainda monitorar continuamente os riscos psicossociais.

A tais esforços somam tantas outras valiosas contribuições, disponibilizadas com o objetivo de esclarecer, informar e orientar acerca da importância da prevenção em saúde mental, entre as quais faz-se referência: Ministério da Saúde[362] e Ministério Público Federal[363]; Cartilhas informativas: Ministério do Desenvolvimento

---

à implementação das ações de saúde mental. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/L14831.htm

[361] A Portaria nº 3.214, de 8 de junho de 1978, aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) estabelece as Normas Regulamentadoras (NRs) de que cuida o Capítulo V, Título II da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que tratam de Segurança e Medicina do Trabalho. https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/assuntos/inspecao-do-trabalho/seguranca-e-saude-no-trabalho/sst-portarias/1978/portaria_3-214_aprova_as_nrs.pdf&ved=2ahUKEwjZ_ama4eaMAxU4IbkGHVxmL4gQFnoECBAQAQ&usg=AOvVaw3L6va7oaksvU97boa7jm7X

[362] Brasil. Ministério da Saúde. E-Book.Secretaria-Executiva. Subsecretaria de Assuntos Administrativos. E-book. Assédio moral: conhecer, prevenir, cuidar / Ministério da Saúde, Secretaria-Executiva, Subsecretaria de Assuntos Administrativos. – Brasília: Ministério da Saúde, 2015. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/assedio_moral_conhecer_pevinir_cuidar.pdf

[363] Brasil. Ministério Público Federal. E-Book. Assédio moral, assédio sexual e discriminação: saiba mais
sobre essas distorções de conduta no ambiente de trabalho / Ouvidoria do Ministério Público Federal, Comitê Gestor de Gênero e Raça. – Brasília: MPF, 2016. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/o-mpf/ouvidoria-mpf/Cartilha-assedio-moral-sexual-e-discriminacao

Regional[364]; Ministério dos Portos e Aeroportos[365]; Ministério Público do Trabalho[366]; Ministério das Comunicações[367] e tantos e tão variados vídeos e publicações de tribunais trabalhistas disponibilizados no endereço eletrônico do Conselho Nacional de Justiça[368].

10. Panorama estatístico e esforços para enfrentamento

Sebastiao Geraldo de Oliveira se dedica com todo afinco ao estudo e à pesquisa sobre segurança e saúde no trabalho, colocando o jurista e juiz brasileiro em destaque o grande impacto de acidentes ou doenças ocupacionais no trabalho a partir do uso de tecnologias da informação e comunicação, ao tempo em que reforça a necessidade de se implementar políticas e ações de enfrentamento[369] diante de dados alarmantes sobre saúde mental no trabalho colhidos junto à OIT pelo governo[370].

A realidade brasileira não é diversa do cenário mundial. Estudo efetuado por profissionais de recursos humanos[371], publicado em 13 de dezembro de 2024, assegura que as doenças que mais atingem a saúde mental dos trabalhadores são 84% com ansiedade, 52% com depressão, 21% com *burnout*, 19% com síndrome do pânico, 5% com estresse pós-traumático e 1% outros transtornos, cenário que levou a Sociedade Brasileira de Clínica Médica (SBCP)[372] a alertar para o fato de que a depressão será, nos próximos 20 anos, a doença mais comum do mundo[373].

---

[364]Cartilha.https://www.gov.br/mdr/pt-br/acesso-a-informacao/governanca/programa-integridade/campanhas/Cartilha_Informativa_sobre_Assedio_Moral.pdf

[365]Cartilha:https://www.gov.br/transportes/pt-br/acesso-a-informacao/cursosecapacitacao/cartilha-traz-orientacoes-sobre-a-prevencao-e-combate-ao-assedio-moral-2

[366] Cartilha: https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=cartilha+sobre+assedio+moral+ministerio+portos+e+aeroportos

[367]Cartilha:https://www.gov.br/funarte/pt-br/acesso-a-informacao-lai/participacao-social/copy_of_ouvidoria/PrevenoeCombateaoAssdiomoralesexual.pdf

[368] https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/08/cartilha-assedio-e-discriminacao-trt20.pdf

[369] *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. 15ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: JusPodivm, 2024, Cap. 15. p.683 ss.*

[370] A estatística é referenciada pelo Professor Sebastiao Geraldo de Oliveira em suas conferências e está disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4492/1/Dados%20sobre%20sauude%20mental%20no%20trabalho.pdf . Acesso 23/04/2025

[371]https://vocerh.abril.com.br/saude-mental/ansiedade-e-o-transtorno-mental-que-mais-atinge-os-profissionais/

[372] Cf. extraido de nota da Sociedade brasileia de clinica medica, cap 08/4/2025https://www.sbcm.org.br/v2/index.php?catid=0&id=1317

[373] Cf. extraido de nota da Sociedade brasileia de clinica medica, cap 08/4/2025 https://www.sbcm.org.br/v2/index.php?catid=0&id=1317

O Tribunal Superior do Trabalho (TST)[374], levando em conta fatores de adoecimento mental - a eles agregando o impacto da turbulência mental gerada pela pandemia de COVID-19 -, divulgou que no ano de 2020 ocorreram mais de 576 mil afastamentos, uma alta de 26% em relação a 2019. O aumento se deu, entre outros motivos, pela a inadequação do ambiente de trabalho em *home office*, por acúmulo de tarefas profissionais e domésticas, pelas incertezas sobre o futuro, além de ansiedade, depressão e a síndrome do pânico.

Colocou a mais alta corte da Justiça do Trabalho[375] em relevo que a seguridade social registrou 213,2 mil concessões de benefícios em 2019, saltando esse número em 2020 para 285,2 mil, com aumento de 33,7% e duração média, nos casos de doença mental, de 196 dias. Deixou claro o informe daquele tribunal ainda que os afastamentos por motivos como depressão e ansiedade registraram a maior alta entre as principais doenças indicadas.

Para fazer frente a agravos à saúde mental o Estado tem empreendido esforços para o enfrentamento, com políticas bem definidas que visam implementar e concretizar ações fundamentais para estruturação de condições essenciais ao fortalecimento e garantia de trabalho humanizado, salubre e saudável. No âmbito das políticas públicas está sob a responsabilidade da Vigilância em Saúde do Trabalhador (VISAT) - um dos componentes do Sistema Nacional de Vigilância em Saúde (SNVS) - um conjunto de ações que visam promover a saúde e prevenir doenças e agravos relacionados ao trabalho.

Integrado ao Sistema Único de Saúde (SUS) foi criada a Rede Nacional de Atenção Integral a Saúde do Trabalhador (RENAST)[376], que por meio de Centros de Referência em Saúde do Trabalhador (CEREST), tem por propósito garantir a integralidade da promoção e atenção à saúde do trabalhador. Mas não é só. Para se ter

---

[374] https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/27270562/pop_up#:~:text=O%20n%C3%BAmero%20de%20concess%C3%B5es%20passou,conjunto%20por%20empresas%20e%20trabalhadores

[375] Idem

[376] Brasil. Portaria Ministério da Saúde n. 2.728, de 11/11/2009. Dispõe sobre a Rede Nacional de Atenção Integral à Saúde do Trabalhador (RENAST) e dá outras providências. Art. 1º - Art. 1º Dispor sobre a Rede Nacional de Atenção Integral à Saúde do Trabalhador (RENAST), que deverá ser implementada de forma articulada entre o Ministério da Saúde, as Secretarias de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o envolvimento de órgãos de outros setores dessas esferas, executores de ações relacionadas com a Saúde do Trabalhador, além de instituições colaboradoras nessa área. https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2728_11_11_2009.html#:~:text=PORTARIA%20N%C2%BA%202.728%2C%20DE%2011,RENAST)%20e%20d%C3%A1%20outras%20providências.

informações atualizadas do comprometimento à saúde mental por todas as causas e fatores programa do governo federal de escrituração digital das obrigações (e-Social)[377], integra e interliga informações trabalhistas, previdenciárias, tributárias e fiscais, o que viabiliza cruzamento de dados, visando garantir direitos, simplificar o cumprimento de obrigações e aprimorar a qualidade de informações das relações correlatas.

O armazenamento de informações descritas no Programa em Ambiente Nacional (e-Social) possibilita órgãos participantes do projeto averiguar, com dados atualizados, o real estado do adoecimento mental e como conduzir as ações. É nesse contexto que se insere a obrigatoriedade de os transtornos mentais relacionados ao trabalho (TMRT) serem registrados no Sistema Nacional de Agravo e Notificações (SINAN), o que viabiliza, inclusive, apurar registros de acidentes de trabalho mesmo que não informados através do Cadastro de Acidentes de Trabalho (CAT).

Dessa forma, o registro obrigatório de doença mental representa importante marco regulatório na Vigilância à Saúde do Trabalhador ainda que não revele quadro mais fidedigno na sua magnitude. Entretanto, sem dúvida, o registro lança luzes sobre o progressivo aumento de doenças mentais no trabalho. Exatamente por conta dessa transparência o Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho 2023 do Ministério da Previdência Social brasileiro[378] divulgou a quantidade de doença do trabalho. De acordo com o Anuário foram informados mediante Cadastro Acidente de Trabalho (CAT) no ano de 2021 o total de 21.200 ocorrências e em 2022 esse número se elevou para 29.778, decrescendo em 2023 para patamar de 15.174. Mas, de acordo com o mesmo Anuário, se considerar as ocorrências para o período sem registro no CAT os dados saltaram, respectivamente, para 76.019 em 2021, para 87.162 em 2022 e para 81.275 em 2023[379].

---

[377] https://www.gov.br/esocial/pt-br

[378] https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/arquivos/AEAT-2023/secao-i-estatisticas-de-acidentes-do-trabalho/subsecao-a-acidentes-do-trabalho/capitulo-1-brasil-e-grandes-regioes/1-1-quantidade-de-acidentes-do-trabalho-por-situacao-do-registro-e-motivo-segundo-a-classifi-cacao-nacional-de-atividades-economicas-cnae-no-brasil-2018-2019 > atualizado em 17/12/2024

[379] https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/arquivos/AEAT-2023/secao-i-estatisticas-de-acidentes-do-trabalho/subsecao-a-acidentes-do-trabalho/capitulo-1-brasil-e-grandes-regioes/1-1-quantidade-de-acidentes-do-trabalho-por-situacao-do-registro-e-motivo-segundo-a-classifi-cacao-nacional-de-atividades-economicas-cnae-no-brasil-2018-2019

Os dados atualizados são, portanto, indicativos de que, apesar dos esforços, grande parte da doença do trabalho não é informada aos órgãos públicos[380] pelo empregador, inobstante isso, o sistema previdenciário possui ferramentas para constatação de acidentes de trabalho, além de o perito médico do Instituto tem a obrigação de, no momento da atenção ou do atendimento ao trabalhador adoecido, registrar e informar a ocorrência ao INSS, possibilitando assim se chegar mais próximo do panorama real.

Frente a esse cenário a Justiça do Trabalho muito tem contribuído, seja com orientações, seja no campo firme da jurisprudência. Por evidente, suas campanhas se espraiam pelas instâncias judiciais inferiores, como Tribunais Regional e Varas do Trabalho com jurisdição sob todo o território nacional, tendo também a aderência do Conselho Superior da Justiça do Trabalho[381], além de amplamente divulgadas em meios de comunicação.

Entre as ações da Justiça do Trabalho se destaca a campanha "Abril Verde" em 2021, iniciativa que marcou mês de conscientização a saúde e a segurança no trabalho, com o objetivo de estimular a construção de um trabalho seguro e decente. Outra campanha - "Janeiro Branco"[382] - foi sucedida pela "TST em Movimento"[383]. E, agora, em janeiro de 2025[384] o TST divulgou o "Programa Trabalho Seguro da Justiça do Trabalho", informando sobre reunião com gestores nacionais e regionais, além de divulgar ações dos comitês e dos grupos de trabalho interinstitucionais e as metas para o biênio 2025/2026.

Não fosse o empenho institucional a jurisprudência pacífica do Tribunal Superior do Trabalho[385], mesmo não albergando o sistema jurídico nacional o instituto

---

[380] Mas, eles são integrados: E mais, integrados a essa rede de atenção e cuidado com a saúde do trabalhador outros agentes do Estado, entre eles o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho, tem firme atuação no combate e na prevenção do adoecimento mental.

[381] Cf. Informativo do TST https://tst.jus.br/-/em-conjunto-campanha-da-justi%C3%A7a-do-trabalho-promove-valoriza%C3%A7%C3%A3o-da-sa%C3%BAde-mental-no-trabalho#:~:text=A%20iniciativa%20marca%2C%20em%202021,esfor%C3%A7o%20e%20do%20envolvimento%20coletivos.

[382] Disponível em: https://tst.jus.br/-/campanha-janeiro-branco-objetiva-conscientiza%C3%A7%C3%A3o-sobre-cuidados-com-a-sa%C3%BAde-mental

[383] Disponível em: https://tst.jus.br/-/tst-em-movimento-trabalhou-para-garantir-que-todos-se-mantivessem-ativos-durante-o-isolamento-de-2020

[384] Disponível em: https://www.csjt.jus.br/web/csjt/-/programa-trabalho-seguro-da-justi%C3%A7a-do-trabalho-define-temas-e-metas-para-o-bi%C3%AAnio-2025/2026

[385] SÚMULA N.º 443 DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

da estabilidade como regra, excepcionalmente, com base na Constituição[386] e na Lei[387], consolidou-se no sentido de que a doença grave que suscite estigma ou preconceito é causa de estabilidade no emprego, por considerar a dispensa discriminatória. Em relação a acidente de trabalho ou doença equiparada o trabalhador, além do benefício previdenciário tem garantia de emprego por 12 meses[388]. Se o afastamento se der por conta de doença comum o trabalhador tem direito a auxílio-doença, mas não goza de estabilidade provisória.

Outra instituição que tem papel relevante e de destaque na promoção e atenção à saúde do trabalhador é o Ministério Público do Trabalho (MPT)[389]. Sua missão institucional é, entre outras, zelar pela integridade da ordem jurídica no âmbito das relações de trabalho[390], com atuação na instância administrativa e na judicial, para tanto contando com estrutura administrativa bem definida e competências e atribuições distribuídas.

No desempenho de sua atividade na condição de órgão agente o Procurador do MPT[391] possui poder de polícia administrativa, poder esse exercido por meio de inquérito civil a fim de apurar possível conduta ilegal praticada pelo empregador. Se comprovada a denunciada ilegalidade – desde que não firmado termo de ajustamento

---

[386] Constituição Federal Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...); 7º - Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (...) XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

[387] Lei n. 9.029/995. Art 1º - e 4º II - É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (...) Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: (...) II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

[388] Lei 8.213/90 - Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

[389] Disponível em: https://mpt.mp.br/

[390] Constituição Federal. Art. 127 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

[391] Constituição Federal. Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

de conduta (TAC) com o propósito de recompor o bem lesado ou ameaçado de lesão - a causa é levada à apreciação do Poder Judiciário através de ação civil pública (ACP).

Assim é que, administrativamente, a partir da necessidade de conjugação de esforços para uma atuação harmônica em áreas consideradas sensíveis foram criadas Coordenadorias Nacionais temáticas, entre as quais a do Meio Ambiente do Trabalho (CODEMAT)[392]. Tal Coordenadoria atua na defesa de um meio ambiente do trabalho seguro e saudável e na redução dos riscos do trabalho por intermédio de normas e saúde, higiene e segurança constantes do sistema jurídico[393].

Foi com esse intento, no desempenho de uma de suas atribuições prioritárias – o meio ambiente do trabalho -, que a CODEMAT elaborou Plano de Ação para o biênio 2024/2025, com atenção às mais variadas condições relacionadas à Promoção da Regularidade das Notificações de Acidentes e Doenças do trabalho para o fim de incrementar a notificação de acidentes e agravos à saúde no sistema previdenciário (CAT) e da saúde (SINAN). As providencias tendem a reduzir subnotificação e fomentar investigação e a prevenção de novos acidentes e adoecimentos, além de promover maior integração entre o MPT e entidades integrantes ou parceiras do SUS, da Previdência Social e do Ministério do Trabalho, aliado a essa ação aquela que visa maior fortalecimento da saúde do trabalhador no SUS[394].

Especificamente acerca da saúde mental traz Boletim Informativo CODEMAT do 4º Trimestre de 2024 notícia da homologação da Orientação n. 36 da CODEMAT, pela autoridade maior do Ministério Público do Trabalho. Referida orientação dispõe sobre identificação, avaliação e prevenção de fatores de riscos psicossociais relacionados ao trabalho, especificando a ementa: “Fatores de riscos psicossociais relacionados ao trabalho. Identificação, avaliação e prevenção. Agentes e fatores de riscos psicossociais indicados na lista de doenças relacionadas ao trabalho. Rol mínimo. Medidas de prevenção coletiva focadas nas condições, no ambiente, na organização e nos processos de trabalho. Hierarquia das medidas de prevenção. Analise de adoecimentos mentais relacionados ao trabalho e subsídios para revisão das

[392] A Coordenadoria Nacional de Defesa do Meio Ambiente do Trabalho (CODEMAT) foi criada por meio da Portaria n. 410, de 14.10.2003, cf. disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/areas-de-atuacao/codemat

[393] Disciplina constante da Portaria MTE n. 3.214 e Normas Regulamentadoras de que dispõe.

[394] MPT. Plano de Ação 024/2025, itens 1.3 e 1.4, disponível em: https://midia-ext.mpt.mp.br/pgt/apge/portal-sge/projetos/arquivos/planos-de-acao/coordenadoria/codemat-plano-de-acao-2024-2025.pdf

medidas de prevenção. Fatores impeditivos ou extintivos do certificado de empresa promotora de saúde mental".

Aliado à atividade administrativa, no âmbito judicial, o Ministério Público do Trabalho promove a ação civil pública (ACP), com o objetivo de adequar o meio ambiente de trabalho, bem como para exigir que política pública seja cumprida. A atuação por meio dessa classe de ação é expressiva e importante, elegendo-se entre tantas por sua correlação com o tema aquela que tem curso na 23ª Regional no Estado do Mato Grosso[395].

A origem da ação foi exatamente a constatação, a partir de dados capturados no sistema integrado do e-Social, no âmbito de Inquérito Civil Público (ICP) em que se apurou que a empresa no período de 2018 a 2022 não lançou corretamente as informações, o que resultou em benefícios previdenciários concedidos por acidentes de trabalho abaixo do que efetivamente ocorreu, vale dizer, houve inquestionavelmente subnotificação.

Entre os dados fornecidos pela empresa e os disponibilizados pelas unidades de atenção básica da Previdência Social se chegou à conduta omissiva do empregador, que tipifica conduta ilícita. E por não ter reconhecido a ilicitude da conduta e nem firmado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) foi ajuizada Ação Civil Pública (ACP)[396].

Devido as repercussões sociais, trabalhistas e tributárias, além de reparação por danos morais coletivos, o autor processual postula no Judiciário[397], entre outros

---

[395] Disponível em: https://www.prt23.mpt.mp.br/2083-mpt-mt-ajuiza-acao-em-face-de-empresa-em-virtude-de-subnotificacao-de-acidentes-de-trabalho

[396] Conf. *ACPCiv 0000053-68.2024.5.23.0003, que tramita na Justiça do Trabalho da 23ª Regiao, Mato Grosso/Brasil.*

[397] Examinando os termos da ACPCiv 000053-68.2024.5.23.0023, chega-se aos pedidos formulados, reproduzidos na íntegra a fim de se ter noção do quanto postulado para recompor a integridade da ordem jurídica: "*(1) Emitir* CATs, até o primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência e, em caso de morte, de imediato, sempre que ocorrer acidente ou doença, incluindo os típicos e atípicos, que acarretem afastamentos inferiores ou superiores a 15 dias; (2) *Promover* a notificação das doenças profissionais e das produzidas em virtude das condições especiais de trabalho, comprovadas ou objeto de suspeita, por meio da emissão de CAT; (3) *Emitir* CATs para as doenças cujo Classificação Internacional de Doenças (CID) possua nexo causal presumido com a atividade econômica desenvolvida, salvo na hipótese de manifestação expressa de médico reconhecendo a inexistência de relação entre o adoecimento e o trabalho; (4) *Considerar*, na avaliação do nexo causal entre os transtornos de saúde e as atividades do trabalhador, além da anamnese, do exame clínico (físico e mental), de relatórios e dos exames complementares, as seguintes informações: I – a história clínica e ocupacional atual e pregressa, decisiva em qualquer diagnóstico e/ou investigação de nexo causal; II – o estudo do local de trabalho; III – o estudo da organização do trabalho; IV – os dados epidemiológicos; V – a literatura científica; VI - a ocorrência de quadro clínico ou subclínico em trabalhadores expostos a riscos semelhantes; VII – a identificação de riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos, estressantes e outros; VIII – o depoimento e a experiência dos trabalhadores; IX – os conhecimentos e as práticas de outras disciplinas

pedidos, a correção das condutas ilegais para que a comunicação de acidente de trabalho (CAT) seja efetuada corretamente e que promova notificação de doenças do trabalho, havendo, inclusive, reparação por danos à coletividade[398]. Com idêntica causa de pedir e pedidos foi ajuizada ação civil pública (ACP)[399] junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região São Paulo, com decisão favorável à tese e pedidos formulados pelo autor processual – o MPT.

Assim o Brasil vem dando atenção à saúde e enfrentando o adoecimento mental, inclusive no trabalho e, se houver conexão, elevando à categoria de doença ocupacional.

Conclusão

O primeiro aspecto a se afirmar é que está sendo desenhada uma nova era civilizacional, encontrando-se o homem perdido entre dois mundos, um de características sólidas, outro redesenhando-se em bases líquidas. Isso é fato, como também é certo que entre tantas transformações sociais que o mundo experimentou nenhuma ocorreu com tamanha velocidade como a que se consolida. Décadas e mais décadas transcorreram para, no fluir do tempo, o homem compreender, reagir e se adaptar, fazendo uma transição para o novo com vagar para assimilar e se reinventar e a sociedade se colmatar em base estável.

Diversamente, o incontido arrebatamento científico-tecnológico é veloz, operando drasticamente sobre o homem, seja pelo exíguo tempo para natural assimilação, seja pelos extraordinários impactos sob a mente humana, atingindo, inclusive, a subjetividade. Impacto que traz a premente necessidade de se recolocar no centro das atenções a "razão", não mais sob a perspectiva humanista da Filosofia renascentista, mas sob o controle da mente, de forma que o "eu", racionalmente, tome o controle e gerencie a emoção, afastando-se o experimentado e colocado em prática "desgoverno da razão".

---

e de seus profissionais, sejam ou não da área da saúde. Diante das irregularidades observadas, o MPT pede, ainda, em caráter definitivo, a condenação da empresa ao pagamento dos valores correspondentes aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) não recolhidos durante o período do afastamento, nas hipóteses de subnotificação dos acidentes de trabalho (B91 e B31 com NTEP) e de indenização por dano moral coletivo no valor de R$ 1 milhão".

[398] Conf. *ACPCiv 0000053-68.2024.5.23.0003, que tramita na Justiça do Trabalho da 23ª Região, Mato Grosso/Brasil.*

[399] Conf. *ACPCiv 1000092-49.2024.5.02.0030, que tramita na Justiça do Trabalho da 2ª Região, São Paulo/Brasil.*

Afinal, imerso na efervescência do desconhecido o homem se lança e contrai silenciosa doença neural de difícil percepção. Doença que chega a nível pandêmico, chamada de o mal do século, a merecer a atenção da Organização Mundial da Saúde e de seus membros, em maior ou menor grau de comprometimento, a depender de cada governo interno.

Nesse cenário, o Brasil vem emprenhando esforços para, alinhando-se à normativa internacional, instituir e implementar programas e ações de atenção básica à saúde, observando princípios da universalidade, uniformidade e equivalência de benefícios e serviços. À rede de atenção básica se soma especial atenção a criança e ao adolescente e se aprimoram as existentes normas trabalhistas de proteção ao trabalhador no ambiente de trabalho.

Daí porque[400] não se tem dúvida de que o homem deverá ter por meta a reinvenção do mundo para viver a nova civilização, pois hoje não "sabe o que ser, ele não tem imaginação para inventar o enredo de sua própria vida (José Ortega y Gasset), entretanto, pode o homem está atordoado, mas se as escolhas feitas não forem "fatais à vida podem ensejar reavaliações (e... correções) com vistas a novas escolhas acertadas" (Marco Antonio Lorieri). E escolha, como ensinou Aristóteles a Nicômacos[401], é opção que requer o uso da razão e do pensamento, fincada no desejo e no raciocínio dirigidos a um fim relacionado ao bom e ao justo para si e para outrem, enfim, direcionados ao bem comum.

Afinal, é vívida a esperança na correção de rumo em busca[402] não apenas de qual o "sentido da vida", mas como "acabar com o sofrimento"! Esperança! Aquela que povoou o sentimento do poeta brasileiro Augusto dos Anjos[403]:

"A esperança não murcha, ela não cansa,
Também como ela não sucumbe a Crença,
Vão-se sonhos nas asas da Descrença,
Voltam sonhos nas asas da Esperança".

---

[400] Programa "Provoca" veiculado pela TV Cultura, em 15/04/2025, vídeo disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=NPbi5mGd-kE

[401] Ética a Nicômacos. Tradução do grego Mário da Gama Cury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, c1985, 4ª ed. 2001, p. 54

[402] Yuval Noah Harari, op. cit. p. 374

[403] *Eu e Outras Poesias*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998

Bahia/Brasil, abril de 2025

Referências

Aristóteles. *Ética a Nicômacos*. Tradução do grego Mário da Gama Cury.Brasilia: Editora Universidade de Braília, c1985, 4ª ed. 2001.

Aronson, Elliot; Aronson, Joshua. *O animal social.* Tradução Marcello Borges. São Paulo: Editora Goya, 2023.

Bauman, Zygmunt. *Vidas Desperdiçadas.* Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

------. *Modernidade líquida.* Tradução de Plinio Dentzien. 1ª edição. Rio de Janeiro: Zahar. 2021.

Cury, Augusto. *Intoxicação digital. Como enfrentar o mal do milênio.* 2ª ed. São Paulo: Benvirá, 2024.

Frankl, Viktor E. *Em busca de sentido. Um psicólogo no campo de concentração.* Tradução de Walter O. Schlupp e Carlos C. Aveline. 39ª edição. São Leopoldo: Sinodal; Petrópolis: Vozes, 2016.

Ferry, Luc. *Aprender a viver: Filosofia para os novos tempos.* Tradução Vera Lúcia dos Reis. Rio de Janeiro: Editora Objetiva. 2010, 2ª ed. 6ª reimpressão.

Guia da Filosofia, O. *A obra, a vida e as inquietações dos 60 maiores filósofos da história.* Coleções. Editora Abril. N 326-A, dezembro/2013.

Haidt, Jonathan. *A geração ansiosa. Como a infância hiperconectada está causando uma epidemia de transtornos mentais.* Tradução Lígia Azevedo. 1ª ed. 4ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2024.

Han, Byung-Chul. *Sociedade do Cansaço.* Petropolis: Editora Vozes. 1ª Ediçao. 2015.

Harari, Yuval Noah. *Nexus. Uma breve história das redes de informação, da Idade da Pedra à inteligência artificial.* Tradução de Berilo Vargas e Denise Bottman. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2024.

Heloani, Roberto; Capitão, Cláudio Garcia. Gestão da subjetividade e saúde mental: para onde vamos? *in Sociedade em transformação. Estudos das relações entre trabalho, saúde e subjetividade,* v.2, (org. Roberto Heloani, Regina Márcia Brolesi de Souza e Rosângela Rocio Jarros Rodrigues). Londrina-PR: Eduel, 2015.

Holidey, Ryan; Hanselman, Stephen. *Diário Estoico: 366 lições sobre sabedoria, perseverança e a arte de viver.* Rio de Janeiro: Intrínseca Editora, 2022.

Karnal, Leandro. *O dilema do porco espinho: como encarar a solidão* (São Paulo: Editora Planeta. 2018).

Leonoir, Frédéric. *Sobre a Felicidade: Uma viagem filosófica*. Tradução Vera Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Editora Objetiva. 1ª ed. 2016.

------. *Pequeno tratado de vida interior.* Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Editora Objetiva. 1ª ed. 2012.

Matos, Miguel. *Migalhas de Ruy Barbosa.* Ribeirão Preto/SP: Editora Migalhas, v. I, 1ª ed. 2010.

Oliveira, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. 15ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: JusPodivm, 2024*

Savater, Fernando. *Las preguntas de la vida.* Barcelona: Editora Ariel. S.A. 1ª ed. 1999; 17ª reimpressão Bogotá: Editora Planeta Colombiana S.A. 2016.

Rooney, Anne. *A história da Filosofia da Grécia Antiga aos tempos modernos.* São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda. 2015.

Sánchez Martínez, Mª Olga. La fragilidade de la verdade em la sociedade digital. *In Inteligencia Artificial y Filosofía des Derecho*. Ministério de Ciencia e Innovación. Murcia/ES: Ediciones Laborum, S.L. (Director: Fernando H. Llano Alonso; Coord. Joaquin Garrido Martin e Ramon Valdivia Jimenez), 2022.

Silva, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas: O psicopata mora ao lado.* Rio de Janeiro: Editora Objetiva. 2008.

Voltaire. *Tratado sobre a tolerância*. Tradução Jorge Coli. São Paulo: Editora Unesp. 2024

Wolf, Maryanne. *O cérebro no mundo digital: os desafios da leitura na nossa era*. Tradução Rodolfo Ilari, Mayumi Ilari – São Paulo: Contexto Editora, 2019.

Fonte de domínio publico

https://www.instagram.com/reel/DCAy2bVOUMM/?igsh=bnVpejBzMG53d3Bo

https://www.sbp.com.br/fileadmin/user_upload/24604c-MO__MenosTelas__MaisSaude-Atualizacao.pdf

https://www.who.int/standards/classifications/frequently-asked-questions/gaming-disorder

OMS destaca necessidade urgente de transformar saúde mental e atenção - OPAS/OMS | Organização Pan-Americana da Saúde

OMS destaca necessidade urgente de transformar saúde mental e atenção - OPAS/OMS | Organização Pan-Americana da Saúde.

https://tst.jus.br/-/dia-mundial-da-sa%C3%BAde-ambientes-profissionais-devem-promover-aten%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-sa%C3%BAde-mental#:~:text=Ainda%20segundo%20a%20OMS%2C%20o,OMS%20em%20junho%20de%202022

https://www.paho.org/pt/noticias/2-3-2022-pandemia-covid-19-desencadeia-aumento-25-na-prevalencia-ansiedade-e-depressao-em

https://news.un.org/en/story/2021/10/1102492

https://news.un.org/en/story/2021/10/1102492

https://brasil.un.org/pt-br/150658-metas-de-sa%C3%BAde-mental-para-2020-n%C3%A3o-foram-alcan%C3%A7adas-lamenta-oms#:~:text=Metas%20de%20sa%C3%BAde%20mental%20para%202020%20n%C3%A3o%20foram%20alcan%C3%A7adas%2C%20lamenta%20OMS,-08%20outubro%202021&text=Novo%20Atlas%20de%20Sa%C3%BAde%20Mental,a%20servi%C3%A7os%20de%20sa%C3%BAde%20mental.

https://www.who.int/publications/i/item/9789240036703

file:///G:/Meu%20Drive/AAAAAA%20PASTA%20GERAL/ATIVIDADES%20ACADEMICAS/AAACONGRESSOS-INTERNACIONAL/PORTUGAL-IBEROA/Atlas%20saude%20ental%20nas%20americas.pdf

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11829.htm

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/l14811.htm

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm#art1

https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/assuntos/inspecao-do-trabalho/seguranca-e-saude-no-trabalho/sst-portarias/1978/portaria_3-214_aprova_as_nrs.pdf

https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/comissao-tripartite-partitaria-permanente/normas-regulamentadora/normas-regulamentadoras-vigentes/NR01atualizada2024II.pdf

https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/setembro/na-america-latina-brasil-e-o-pais-com-maior-prevalencia-de-depressao

https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/setembro/na-america-latina-brasil-e-o-pais-com-maior-prevalencia-de-depressao

https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/setembro/na-america-latina-brasil-e-o-pais-com-maior-prevalencia-de-depressao

https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/L14831.htm

https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/assuntos/inspecao-do-trabalho/seguranca-e-saude-no-trabalho/sst-portarias/1978/portaria_3-214_aprova_as_nrs.pdf&ved=2ahUKEwjZ_ama4eaMAxU4IbkGHVxmL4gQFnoECBAQAQ&usg=AOvVaw3L6va7oaksvU97boa7jm7X

https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/assedio_moral_conhecer_pevinir_cuidar.pdf

https://www.mpf.mp.br/o-mpf/ouvidoria-mpf/Cartilha-assedio-moral-sexual-e-discriminacao

https://www.gov.br/mdr/pt-br/acesso-a-informacao/governanca/programa-integridade/campanhas/Cartilha_Informativa_sobre_Assedio_Moral.pdf

https://www.gov.br/transportes/pt-br/acesso-a-informacao/cursosecapacitacao/cartilha-traz-orientacoes-sobre-a-prevencao-e-combate-ao-assedio-moral-2

https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=cartilha+sobre+assedio+moral+ministerio+portos+e+aeroportos

https://www.gov.br/funarte/pt-br/acesso-a-informacao-lai/participacao-social/copy_of_ouvidoria/PrevenoeCombateaoAssdiomoralesexual.pdf

https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/08/cartilha-assedio-e-discriminacao-trt20.pdf

https://vocerh.abril.com.br/saude-mental/ansiedade-e-o-transtorno-mental-que-mais-atinge-os-profissionais/

https://www.sbcm.org.br/v2/index.php?catid=0&id=1317

https://www.sbcm.org.br/v2/index.php?catid=0&id=1317

https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/27270562/pop_up#:~:text=O%20n%C3%BAmero%20de%20concess%C3%B5es%20passou,conjunto%20por%20empresas%20e%20trabalhadores

https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2728_11_11_2009.html#:~:text=PORTARIA%20N%C2%BA%202.728%2C%20DE%2011,RENAST)%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias

https://www.gov.br/esocial/pt-br

https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/arquivos/AEAT-2023/secao-i-estatisticas-de-acidentes-do-trabalho/subsecao-a-acidentes-do-trabalho/capitulo-1-brasil-e-grandes-regioes/1-1-quantidade-de-acidentes-do-trabalho-por-situacao-do-registro-e-motivo-segundo-a-classifi-cacao-nacional-de-atividades-economicas-cnae-no-brasil-2018-2019

https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/arquivos/AEAT-2023/secao-i-estatisticas-de-acidentes-do-trabalho/subsecao-a-acidentes-do-trabalho/capitulo-1-brasil-e-grandes-regioes/1-1-quantidade-de-acidentes-do-trabalho-por-situacao-do-registro-e-motivo-segundo-a-classifi-cacao-nacional-de-atividades-economicas-cnae-no-brasil-2018-2019

https://tst.jus.br/-/em-conjunto-campanha-da-justi%C3%A7a-do-trabalho-promove-valoriza%C3%A7%C3%A3o-da-sa%C3%BAde-mental-no-trabalho#:~:text=A%20iniciativa%20marca%2C%20em%202021,esfor%C3%A7o%20e%20do%20envolvimento%20coletivos.

https://tst.jus.br/-/campanha-janeiro-branco-objetiva-conscientiza%C3%A7%C3%A3o-sobre-cuidados-com-a-sa%C3%BAde-mental

https://tst.jus.br/-/tst-em-movimento-trabalhou-para-garantir-que-todos-se-mantivessem-ativos-durante-o-isolamento-de-2020

https://www.csjt.jus.br/web/csjt/-/programa-trabalho-seguro-da-justi%C3%A7a-do-trabalho-define-temas-e-metas-para-o-bi%C3%AAnio-2025/2026

https://mpt.mp.br/

https://mpt.mp.br/pgt/areas-de-atuacao/codemathttps://midia-ext.mpt.mp.br/pgt/apge/portal-sge/projetos/arquivos/planos-de-acao/coordenadoria/codemat-plano-de-acao-2024-2025.pdf

https://www.prt23.mpt.mp.br/2083-mpt-mt-ajuiza-acao-em-face-de-empresa-em-virtude-de-subnotificacao-de-acidentes-de-trabalho

https://www.youtube.com/watch?v=NPbi5mGd-kE

EL PAPEL Y LAS IMPLICACIONES DE LOS NUEVOS INSTRUMENTOS LEGALES INTERNACIONALES Y EUROPEOS PARA RECONOCER Y ABORDAR EL IMPACTO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN EL MUNDO DEL TRABAJO

Constanța MĂTUȘESCU[404]

Abstract: *La violencia doméstica es una forma de violencia que puede afectar a cualquier persona, independientemente de su sexo o género, edad, situación social o nivel educativo. Se caracteriza por producirse entre personas que han establecido vínculos propios de la vida familiar, que han estado o están en una relación de cohabitación o intimidad. Dado que el agresor es, por lo general, una persona conocida por la víctima y en la que esta espera poder confiar, la violencia doméstica puede causar graves traumas físicos y psicológicos, con consecuencias severas para la vida personal y profesional de la víctima. Una serie de instrumentos jurídicos recientes, adoptados a nivel internacional y regional europeo, abordan este fenómeno, reconociendo que la violencia doméstica constituye una violación de los derechos humanos, superando así la concepción tradicional según la cual su regulación representaría una injerencia injustificada en asuntos privados de familia. Al mismo tiempo, estos instrumentos reconocen que, al afectar de manera desproporcionada a las mujeres, la violencia doméstica es una forma de violencia contra la mujer. Este estudio propone un análisis de la relación entre dichos instrumentos y cómo, sobre esta base, Rumanía - país en el que la violencia doméstica constituye un grave problema social - puede adoptar medidas destinadas a abordar esta problemática, garantizando una protección más completa para las víctimas, independientemente del lugar donde se ejerza la violencia: en el espacio público, en la esfera privada o en el lugar de trabajo.*

Sumario: 1. Introducción; 2. La violencia doméstica y su impacto en el mundo del trabajo; 3. La relación entre el Convenio de Estambul, la Directiva de la UE sobre violencia contra las mujeres y el Convenio núm. 190 de la OIT para abordar la violencia doméstica a nivel europeo; 4. El papel y la necesidad de un enfoque inclusivo e integrado a nivel nacional, basado en normas internacionales y europeas recientes, para abordar el impacto de la violencia doméstica en el mundo del trabajo. El caso de Rumania; 5. Conclusiones; 6. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

La adopción, por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en junio de 2019, con ocasión de su centenario, del Convenio sobre la violencia y el acoso (núm. 190) y de la Recomendación núm. 206 que lo acompaña, representa un momento decisivo en el necesario proceso de reconocimiento, a nivel global, del impacto que tiene la violencia doméstica en el mundo del trabajo (Organización Internacional del Trabajo, 2019). En Europa, y especialmente en la Unión Europea, la adopción del Convenio se inscribe en un contexto marcado por la intensificación de los esfuerzos normativos para combatir la violencia doméstica, percibida finalmente como un

[404] Conf. univ. dr. Constanța Mătușescu es profesora titular de derecho internacional público, derechos humanos y derecho de la Unión Europea en la Facultad de Derecho y Ciencias Administrativas, de la Universidad de Valahia de Targoviste, Rumania y decana de la misma facultad (desde 2016).

problema social real que debe ser abordado y combatido mediante diversos instrumentos. El Convenio de la OIT viene así a complementar el marco jurídico constituido, entre otros, por el Convenio de Estambul del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Consejo de Europa, 2011), así como por un número importante de directivas de la Unión Europea, incluida una directiva reciente relativa a la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2024). Tanto la Unión Europea (Consejo de la Unión Europea, 2023) como la mayoría de sus Estados miembros se han adherido al Convenio de Estambul.

En cuanto al Convenio núm. 190 de la OIT, aunque ciertos aspectos de este (relacionados con la seguridad y la salud en el trabajo, la igualdad y la no discriminación) entran dentro del ámbito competencial de la Unión Europea, esta no puede ratificarlo por sí misma, ya que, conforme a la Constitución de la OIT, solo los Estados pueden ser parte de este tipo de convenios. No obstante, reconociendo la importancia del Convenio núm. 190 para la erradicación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, la Unión Europea ha autorizado a sus Estados miembros a ratificar, en interés de la Unión, aquellas partes del convenio que entran en sus competencias, y los ha animado a hacerlo lo antes posible (Consejo de la Unión Europea, 2024), lo cual ya han cumplido la mayoría de ellos. Rumanía ha ratificado ambos convenios. En concreto, el Convenio de la OIT entrará en vigor para dicho Estado el 12 de junio de 2025.

Los nuevos instrumentos jurídicos internacionales y europeos en materia de violencia doméstica tienen como elemento central el reconocimiento de que esta forma de violencia constituye una violación de los derechos humanos, superando así la concepción tradicional según la cual su regulación representaría una intromisión injustificada en los asuntos privados de la familia. En consecuencia, estos instrumentos reflejan y particularizan normas y estándares internacionales más amplios en materia de derechos humanos y no discriminación. En relación con ello, como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2021), «[e]l problema de la violencia doméstica – que puede manifestarse en diversas formas, desde agresión física hasta abuso sexual, económico, emocional o verbal – trasciende las circunstancias de un caso individual. Es un problema generalizado que afecta, en diferente medida, a todos los Estados miembros, y que no siempre sale a la luz pública, ya que ocurre con frecuencia en el ámbito de las relaciones personales o en círculos cerrados, y afecta a

distintos miembros de la familia, aunque las mujeres constituyen una abrumadora mayoría de las víctimas».

Aunque persisten ciertas reticencias por parte de algunos Estados miembros de la UE frente al Convenio de Estambul[405], y el Convenio núm. 190 de la OIT ha sido ratificado, hasta la fecha, por poco más de la mitad de los Estados de la UE[406], la actitud general de las instituciones europeas es claramente favorable a la implementación, tanto a nivel de la Unión como de los Estados miembros, de los estándares y soluciones propuestas por estos instrumentos internacionales. Esta postura responde a que dichos instrumentos se alinean con las prioridades estratégicas de la Unión Europea en ámbitos relevantes para la violencia doméstica y la violencia contra las mujeres, y con su visión centrada en la prevención, la protección de las víctimas y el enjuiciamiento de los autores. Según esta perspectiva, al afectar de manera desproporcionada a mujeres y niñas, la violencia doméstica constituye una de las causas fundamentales de la desigualdad de género. Aunque la promoción de la igualdad de género es una competencia de la UE consagrada en sus tratados, la Unión no puede adoptar medidas sólidas y comprehensivas de derecho de la UE en materia de violencia doméstica debido a la distribución de competencias establecida en sus tratados constitutivos. Algunos aspectos clave relacionados con la lucha contra la violencia doméstica - en particular aquellos que implican sistemas de justicia penal o de seguridad social - permanecen bajo la competencia exclusiva de los Estados miembros (Mătușescu, 2019). Esta limitación ha contribuido a que, pese a los esfuerzos realizados en las últimas décadas a nivel europeo para reducir las desigualdades, el progreso haya sido lento y las disparidades entre Estados miembros se mantengan significativas. Según los datos del Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE, 2022), por primera vez en la última década, las desigualdades de género en ámbitos como el empleo, la educación, la salud y el acceso a servicios sanitarios han aumentado en la UE. Una de las causas es también el significativo incremento de la violencia doméstica durante la crisis del COVID-19, cuando las restricciones de confinamiento llevaron a un auge sin

[405] Bulgaria, Hungría, la República Checa, Eslovaquia y Lituania no ratificaron la Convención por considerar que, más allá del objetivo declarado de combatir la violencia contra la mujer, promovería la ideología de género, alentando el matrimonio entre personas del mismo sexo y la aceptación de un tercer género.

[406] Más precisamente, en el momento de escribir este artículo, 14 de los 27 estados miembros de la UE habían ratificado el Convenio de la OIT (núm. 190), para 8 de ellos el convenio ya había entrado en vigor.

precedentes del teletrabajo, lo que provocó que se duplicara el número de mujeres que buscaron ayuda (Comisión Europea, 2021).

Datos exhaustivos recientes de la encuesta de la UE sobre violencia de género, realizada entre 2020 y 2024 por Eurostat (la oficina estadística de la UE), la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA) y el Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE), muestran que, aún así, «un tercio de las mujeres en la UE ha sufrido violencia en el hogar, en el trabajo o en público. Las mujeres más jóvenes declaran sufrir niveles más altos de acoso sexual en el trabajo y otras formas de violencia que las mujeres mayores. Sin embargo, la violencia contra las mujeres a menudo permanece invisible, ya que solo una de cada cuatro mujeres denuncia los incidentes a las autoridades (policía, servicios sociales, salud o atención social)». (FRA, EIGE, Eurostat, 2024). La situación descrita en esta encuesta, que muestra que a nivel general de la UE la situación no ha cambiado en comparación con hace 10 años (FRA, 2014), sugiere que existen importantes lagunas jurídicas tanto a nivel de la UE como de los Estados miembros. Al mismo tiempo, señaló que muchos sobrevivientes de violencia doméstica están en edad de trabajar y están empleados, por lo que los empleadores pueden desempeñar un papel importante en la respuesta de la sociedad a la violencia doméstica.

En consecuencia, la doble participación de la UE en el Convenio de Estambul y la influencia emergente del Convenio 190 de la OIT señalan un marco europeo más integral sobre la violencia contra las mujeres y la violencia de género en todas las esferas: pública, privada y profesional. El mercado laboral europeo debería ser un lugar donde promover el progreso. La Directiva de la UE de 2024 sobre la violencia contra la mujer (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2024) refleja esa visión a nivel de la UE.

En relación con los elementos destacados anteriormente, el ***objetivo general*** del trabajo es evaluar la relación entre los tres instrumentos que, si bien pertenecen a diferentes marcos jurídicos internacionales - derecho laboral (C190 de la OIT), derechos humanos (Convenio de Estambul) y derecho penal de la UE (Directiva 2024/1385) - parecen converger en términos de propósitos generales, principios y obligaciones.

Partiendo del caso de un Estado miembro de la Unión Europea, concretamente Rumania, participante en ambos convenios internacionales de lucha contra la violencia e igualmente sujeto al derecho de la UE, el ***objetivo específico*** del artículo es destacar

el modo en que la acción sinérgica de los tres instrumentos podría guiar la intervención de las autoridades nacionales, determinando cambios estructurales a la hora de abordar la cuestión de la violencia y garantizando una protección más completa a las víctimas, independientemente de dónde se ejerza la violencia: en el espacio público, en la esfera privada o en el lugar de trabajo.

2. La violencia doméstica y su impacto en el mundo del trabajo

Según el Convenio de Estambul del Consejo de Europa, la violencia doméstica puede entenderse como «todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima» (Consejo de Europa, 2011, artículo 3.b)

La violencia doméstica puede afectar a cualquier persona, independientemente de su sexo o género, edad, situación social y nivel de educación, y es característico de la violencia doméstica que se produzca en el entorno familiar o doméstico, es decir, entre parejas íntimas u otros miembros de la familia, incluso entre padres e hijos, independientemente de la naturaleza de la relación familiar (biológica o jurídica) y de si el agresor ha compartido o no residencia o domicilio con la víctima. Como también señala la doctrina jurídica rumana (Moarcăș, 2024), aunque la violencia doméstica se produce entre personas que han establecido vínculos que materializan las características de la vida familiar, no se solapa plenamente con la noción de «violencia familiar» regulada en la legislación de determinados Estados (como Rumanía), por implicar la convivencia y la existencia de relaciones familiares «tradicionales» (cónyuges, ascendientes, descendientes, parientes, hermanos). En cambio, la violencia doméstica en el sentido del Convenio de Estambul y de la Directiva (UE) 2024/1385 es un concepto más amplio que abarca cualquier acto de violencia entre personas que han mantenido o mantienen una relación de convivencia o íntima (parejas de hecho, ex parejas de hecho, parejas del mismo sexo, personas que no están necesariamente emparentadas pero que viven o han vivido juntas). El lugar del delito no es definitorio para ninguno de los dos conceptos. Así pues, la violencia doméstica también puede consistir en actos cometidos fuera del hogar, pero en el contexto de una relación personal, y no se exige que la víctima y el agresor vivan o

hayan vivido juntos. Al mismo tiempo, el entendimiento común de los dos instrumentos adoptados a nivel europeo consiste en que la violencia doméstica es una forma de violencia contra la mujer, que afecta de manera desproporcionada a las mujeres. Según la Comisión Europea, las mujeres están desproporcionadamente representadas como víctimas de ambas formas de violencia debido a patrones subyacentes de coerción, poder y/o control (Comisión Europea, 2022). Como confirman datos recientes (FRA, EIGE, Eurostat, 2024) y como también señala la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA), «por término medio, el 70% de las víctimas de la violencia doméstica son mujeres y el 30% hombres, aunque es más probable que las víctimas femeninas experimenten mayores niveles y gravedad de violencia física y control coercitivo que las víctimas masculinas. Las tasas de feminicidio, el asesinato de mujeres debido a su género, siguen siendo elevadas en toda Europa. Algunos de los riesgos más significativos de violencia física y agresiones se producen después de que la superviviente haya abandonado a su pareja maltratadora». (Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, 2023)

Teniendo en cuenta los datos existentes a nivel global, el mismo concepto se encuentra también en el Convenio de la OIT (núm. 190), que en su preámbulo señala que la violencia y el acoso de género afectan desproporcionadamente a las mujeres y las niñas, reconociendo, en consecuencia, que «un enfoque inclusivo e integrado que tenga en cuenta las consideraciones de género y aborde las causas subyacentes y los factores de riesgo, entre ellos los estereotipos de género, las formas múltiples e interseccionales de discriminación y el abuso de las relaciones de poder por razón de género, es indispensable para acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo» (OIT, 2019).

Como características clave de la violencia doméstica, esta se manifiesta con el tiempo, aumenta en frecuencia y gravedad (no es un evento aislado, sino parte de un continuo), siendo un comportamiento elegido e intencional que involucra poder y control resultante de relaciones de poder desiguales en las relaciones íntimas (Moarcăș, 2024). Esto puede tomar diversas formas, como violencia física, abuso y violencia sexual, abuso y amenazas psicológicas y emocionales, abuso financiero/económico, acecho y acoso cibernético. Con frecuencia implica control coercitivo, un patrón sistemático de comportamiento utilizado para debilitar a la persona sobreviviente, generar miedo mediante amenazas, humillación e intimidación, y privarla de su

autonomía, conexiones sociales y familiares, apoyo e independencia (Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, 2023).

En la UE, el 17,7% de las mujeres han sufrido violencia física o amenazas y/o violencia sexual a lo largo de su vida por parte de su pareja. La tasa de prevalencia de la violencia de pareja a lo largo de la vida es mayor (31,8%) cuando se incluye la violencia psicológica. (FRA, EIGE, Eurostat, 2024). Dado que el agresor suele ser alguien que la víctima conoce y en quien espera poder confiar, la violencia doméstica puede causar graves traumas psicológicos y físicos, con graves consecuencias para la vida personal y profesional de la víctima. Como señala la OIT (2021), «[e]l impacto de la violencia doméstica en la salud física y mental de los trabajadores es devastador y, en su expresión más extrema, puede causar la pérdida de vidas. También puede conducir a la dependencia económica de la víctima, lo que puede socavar la capacidad para dejar a una pareja abusiva o para incorporarse al mercado de trabajo y permanecer o progresar en él».

Así, la violencia doméstica no sólo afecta la vida privada de las víctimas, sino que también tiene consecuencias importantes en su participación y desempeño en el ámbito laboral. Cada vez más investigaciones y políticas públicas destacan el vínculo directo entre la salud psicofísica del trabajador y las experiencias de violencia doméstica, enfatizando que este fenómeno también representa una cuestión de justicia social y económica en el contexto del mercado de trabajo (OIT, 2018). Los estudios muestran que la violencia doméstica se asocia con una disminución de la productividad de los empleados afectados, con absentismo laboral frecuente y dificultades para mantener un trabajo estable (Pillinger et. al., 2019). Las víctimas a menudo se ven obligadas a faltar al trabajo debido a lesiones físicas, estrés postraumático o la necesidad de gestionar emergencias relacionadas con el perpetrador (OCDE, 2020).

Según un informe de la OIT (2018), entre el 30% y el 50% de las víctimas de violencia doméstica denuncian que también han sido acosadas en el trabajo por el agresor, llegando en algunos casos incluso a causar la pérdida de la vida. Otras situaciones documentadas implican el uso de tecnologías telefónicas o informáticas relacionadas con el trabajo para intimidar, acosar o controlar a las víctimas o para impedirles salir de casa para ir a trabajar (OIT, 2021). Los acosadores también pueden acechar a las víctimas en el ámbito profesional, amenazando la seguridad de sus colegas y creando un entorno de trabajo inseguro. Esto impone a los empleadores la

responsabilidad de implementar medidas de prevención y protección, incluidas políticas internas de reconocimiento y apoyo a las víctimas (FRA, 2014).

La violencia doméstica genera costes económicos sustanciales para los empleadores y las economías nacionales, entre ellos, una disminución de la productividad, la pérdida de profesionales cualificados y un aumento de los gastos de salud y seguros. Las estimaciones indican pérdidas de miles de millones de euros anuales a nivel de la UE (Walby y Olive, 2014).

Además de ser un problema de seguridad en el trabajo, la violencia doméstica también tiene implicaciones para la igualdad en el trabajo, ya que tiene un impacto negativo en las oportunidades de desarrollo profesional y los niveles salariales. Según evaluaciones recientes, las mujeres que sufren violencia doméstica tienen más probabilidades que otras mujeres de tener un historial laboral interrumpido, que incluye cambios de trabajo más frecuentes, trabajos ocasionales o a tiempo parcial, empleos peor remunerados y falta de progresión profesional, lo que hace necesario tenerlas en cuenta en las estrategias para cerrar la brecha salarial de género (Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, 2023).

Por lo tanto, el impacto de la violencia doméstica en el mundo del trabajo es múltiple y profundo. Es esencial que empleadores, sindicatos e instituciones públicas desarrollen mecanismos de reconocimiento temprano, apoyo psicológico y jurídico, así como políticas organizacionales claras que contribuyan a la reintegración profesional y la protección de las víctimas. La prevención y la lucha contra la violencia doméstica se convierte así también en una condición para una inclusión social y económica sostenible.

3. La relación entre el Convenio de Estambul, la Directiva de la UE sobre violencia contra las mujeres y el Convenio núm. 190 de la OIT para abordar la violencia doméstica a nivel europeo

En 2023, la Unión Europea se convirtió en parte del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Consejo de la Unión Europea, 2023). Esta adhesión marca un cambio importante en la política europea de derechos fundamentales, proporcionando un marco internacional integral para la prevención, protección y sancionar los actos de violencia de género (Consejo de Europa, 2011). La Convención promueve cuatro pilares principales de acción: la prevención, la protección de las víctimas, el

enjuiciamiento de los autores y el desarrollo de políticas integradas. La adhesión de la UE a esta Convención tiene importantes implicaciones jurídicas y políticas: i) establece un marco jurídico vinculante para combatir la violencia contra las mujeres a nivel de la UE; ii) obliga a la UE (e indirectamente, a sus instituciones y agencias) a prevenir la violencia, proteger a las víctimas y procesar a los perpetradores; iii) apoya la armonización de las políticas de los Estados miembros en consonancia con las normas de derechos humanos. Así, la UE se compromete no sólo a adaptar su legislación, sino también a garantizar la coordinación entre los Estados miembros para aplicar eficazmente las normas europeas sobre violencia de género. La adhesión de la UE a esta Convención refuerza también la coherencia entre las acciones internas y externas de la Unión en el ámbito de los derechos humanos. De hecho, la ratificación del Convenio confiere a la Unión la facultad de establecer normas mínimas para los Estados miembros en materia de Derecho penal, en ausencia de una base jurídica específica en sus tratados constitutivos, con excepción de las disposiciones relativas a la delincuencia transfronteriza y a la cooperación judicial.

En cuanto al Convenio núm. 190 de la OIT, adoptado en 2019 junto con la Recomendación 206, estos representan las primeras normas jurídicas internacionales integrales que reconocen específicamente el derecho de toda persona a un mundo de trabajo libre de violencia y acoso, incluidos la violencia y el acoso de género. El ámbito de aplicación es amplio y abarca a todos los trabajadores, tanto de la economía formal como de la informal. También cubre la violencia y el acoso en todos los contextos relacionados con el trabajo, incluidos: el lugar de trabajo en sí, los desplazamientos y las comunicaciones relacionadas con el trabajo (por ejemplo, el acoso en línea). La Convención ofrece protección contra la violencia y el acoso por parte de terceros, así como protección contra el impacto de la violencia doméstica en el mundo del trabajo. Así, su preámbulo señala que «la violencia doméstica puede afectar al empleo, la productividad, así como la seguridad y salud, y que los gobiernos, las organizaciones de empleadores y de trabajadores y las instituciones del mercado de trabajo pueden contribuir, como parte de otras medidas, a reconocer, afrontar y abordar el impacto de la violencia doméstica» (Organización Internacional del Trabajo, 2019). En consecuencia, se insta a los gobiernos a reconocer los efectos de la violencia doméstica y, en la medida en que sea razonablemente posible implementar esas acciones, a limitar su impacto en el mundo del trabajo. Esto se suma a otras medidas establecidas para que los Estados Partes: adopten leyes y políticas que prohíban la violencia y el acoso;

garantizar el acceso a recursos y la protección de las víctimas; abordar las causas profundas, como los estereotipos de género y los desequilibrios de poder. Entre las medidas que los Estados pueden adoptar para mitigar los riesgos de violencia doméstica, se encuentra la Recomendación núm. 206, que tiene como objetivo apoyar la aplicación del Convenio, prevé, entre otras cosas, las siguientes: días adicionales de licencia para las víctimas de violencia doméstica, modalidades de trabajo flexibles y protección para las víctimas de violencia doméstica (incluida la protección contra el despido), la inclusión de la violencia doméstica en las evaluaciones de riesgos en el lugar de trabajo o la sensibilización sobre los efectos de la violencia doméstica. Los gobiernos nacionales podrán considerar medidas de este tipo, en consulta con las organizaciones de empleadores y los sindicatos, y podrán adoptar la forma de obligaciones para los empleadores destinadas a mitigar los efectos de la violencia doméstica en el lugar de trabajo.

Se puede observar la convergencia entre el Convenio 190 de la OIT y el Convenio de Estambul, ambos instrumentos que reconocen la violencia contra la mujer como una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación. Ambos también promueven un enfoque interseccional e integrado, incluida la violencia en el lugar de trabajo. Aunque el Convenio de Estambul no establece medidas concretas para los empleadores, se puede interpretar que los programas de prevención de la violencia doméstica tienen un papel que desempeñar para los empleadores, los sindicatos y el lugar de trabajo. En particular, el artículo 12 de la Convención establece una serie de medidas para prevenir la violencia contra la mujer, que pueden interpretarse ampliamente para incluir medidas en el lugar de trabajo (Pillinger et. al., 2019).

Adoptada en 2024, la Directiva (UE) 2024/1385 relativa a la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica representa un paso esencial en el fortalecimiento del marco penal común de la Unión Europea en el ámbito de los derechos fundamentales. Esta Directiva introduce una serie de definiciones armonizadas de delitos como la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el ciberacoso o la distribución no consentida de material íntimo, con el objetivo de reducir la fragmentación regulatoria entre los Estados miembros (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2024). La Directiva establece normas mínimas en materia de apoyo a las víctimas, acceso a la justicia y medidas de protección, al tiempo que promueve mecanismos claros de prevención y recopilación de datos. En esencia,

funciona como un instrumento jurídico para la transposición parcial de las obligaciones asumidas en virtud del Convenio de Estambul, lo que refleja una voluntad política renovada a nivel de la UE para combatir la violencia de género mediante un enfoque integrado e interseccional. La Directiva se suma a otras disposiciones existentes a nivel de la UE que, sin abordar específicamente la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, son relevantes para las víctimas de violencia, como las relativas a los derechos de las víctimas de delitos en general y su derecho a indemnización, las normas de la UE sobre órdenes de protección europeas, que permiten el reconocimiento transfronterizo de dichas órdenes, o las Directivas de igualdad de género, que establecen que el acoso por razón de sexo y el acoso sexual en el trabajo y en el acceso a bienes y servicios contravienen el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, exigiendo a los Estados miembros que prohíban dichas conductas y proporcionen recursos efectivos.

Al mismo tiempo, aunque no tiene el mismo alcance, la Directiva (UE) 2024/1385 implementa muchos principios del Convenio de la OIT (núm. 190), como el reconocimiento del lugar de trabajo como lugar de violencia de género, la obligación de los empleadores de adoptar medidas preventivas en determinados contextos o el énfasis en la prevención, la protección y el acceso a la justicia. Sin embargo, la Directiva aborda la cuestión del impacto de la violencia doméstica en el mundo del trabajo de una manera bastante limitada, dejando que los Estados miembros se encarguen de ello, a la luz de las regulaciones internacionales (con referencia implícita al Convenio de la OIT). Por ejemplo, si bien recomienda que los Estados establezcan mecanismos para denunciar casos de violencia doméstica en los servicios de salud o educativos, esa obligación no está prevista para los empleadores. Esto ocurre a pesar de que, durante el proceso de adopción de la Directiva, algunos sindicatos europeos presentaron sólidos argumentos a favor de la inclusión de disposiciones sobre la violencia doméstica como un problema laboral, por ejemplo, imponiendo obligaciones a los empleadores de proporcionar a los supervivientes apoyos en el lugar de trabajo y licencia remunerada por violencia doméstica. Esta reglamentación habría tenido la ventaja de ofrecer más garantías de cumplimiento por parte de los Estados miembros, contribuyendo a la aplicación del Convenio de la OIT, gracias a los mecanismos de ejecución inherentes al Derecho de la UE (por ejemplo, el procedimiento de infracción). Sin embargo, el preámbulo de la Directiva, que afirma que apoya los compromisos internacionales asumidos por los Estados miembros para combatir y

prevenir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, incluido el Convenio de la OIT (núm. 190), podría crear confusión entre los Estados miembros, que podrían tener la impresión de que, al aplicar la Directiva, también cumplen los requisitos establecidos en el Convenio de la OIT, lo que no es el caso. Los Estados miembros deben, además de aplicar la Directiva (UE) 2024/1385, aplicar las disposiciones del Convenio de la OIT por separado. En el futuro, la propia UE podría adoptar medidas comunes específicas para abordar el impacto de la violencia doméstica en el mundo del trabajo, de acuerdo con las normas de la OIT, por ejemplo, mediante un instrumento legislativo que aborde los riesgos psicosociales en el mundo del trabajo. El Parlamento Europeo (2024) también se ha pronunciado en este sentido, y la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (2023) también sugirió que esto podría lograrse mediante una modificación de la Directiva Marco de la UE sobre seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo (Consejo de las Comunidades Europeas, 1989), que impone obligaciones a los empleadores para evaluar los riesgos e implementar medidas de mitigación basadas en la evaluación de riesgos, pudiendo aplicarse la herramienta de evaluación de riesgos también a la violencia doméstica.

4. El papel y la necesidad de un enfoque inclusivo e integrado a nivel nacional, basado en normas internacionales y europeas recientes, para abordar el impacto de la violencia doméstica en el mundo del trabajo. El caso de Rumania

4.1. Prevalencia de la violencia doméstica en Rumanía

La violencia doméstica es un grave problema social a nivel nacional en Rumania, que puede analizarse, a través de la legislación nacional, desde la perspectiva de la no discriminación, la salud y la seguridad en el trabajo, así como la justicia penal. Sin embargo, los datos oficiales sobre este fenómeno son extremadamente escasos y desagregados, como lo señala el Grupo de Expertos sobre la Acción contra la Violencia hacia las Mujeres (GREVIO), encargado de monitorear la implementación del Convenio de Estambul del Consejo de Europa, que muestra que las limitaciones impuestas por la recopilación de datos administrativos en Rumania no permiten una perspectiva integral sobre la violencia de género contra las mujeres y la violencia doméstica y obstaculizan la evaluación de las políticas públicas y la legislación (GREVIO, 2022). Varios estudios independientes (Băluță&Tufiș, 2022), así como encuestas realizadas a nivel europeo por Eurostat (la oficina de estadística de la UE),

la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA) y el Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE), demuestran, sin embargo, que esta forma de violencia afecta predominantemente a las mujeres y que ha aumentado de forma constante durante la última década.

Al interpretar los datos proporcionados por la Policía rumana sobre los actos de violencia registrados por ella a la luz de las disposiciones del Código Penal (que solo cubre determinados actos de agresión, amenaza, violación o agresión sexual o violación de una orden de protección y excluye a las parejas autores de los actos de violencia que no vivan en la misma vivienda que la víctima), las organizaciones que actúan para prevenir y combatir la violencia contra la mujer han calculado, por ejemplo, que en 2021, de las 42.677 víctimas adultas, una mayoría absoluta son mujeres (33.970). Ese mismo año, 42 mujeres fueron asesinadas por su pareja o un familiar y otras 20 mujeres fueron víctimas de intento de asesinato. De hecho, 426 mujeres y niñas han sido asesinadas por un miembro de su familia en los últimos ocho años[407]. Datos recientes proporcionados por la Policía rumana para 2024 muestran que solo ese año se registraron 59.500 casos, un 35% más que en 2019. Al mismo tiempo, el número de víctimas que se atreven a abandonar relaciones abusivas y denunciar a sus agresores también aumenta ligeramente de un año a otro. Las víctimas más frecuentes son mujeres y niños/as.

Si comparamos la situación en otros Estados miembros de la UE con los datos de 2021 de la Oficina Estadística de la Unión Europea (Eurostat), que utiliza una definición de violencia doméstica conforme a la del Convenio de Estambul, se observa que, si a nivel general de la UE el 2,1 % de las mujeres han sufrido violencia doméstica en los últimos 12 meses, en Rumanía el porcentaje de mujeres que han sido víctimas de violencia doméstica en el último año es del 9,1 %, el más alto de todos los Estados miembros. En los últimos 5 años, el 18,4% de las mujeres han sufrido actos de violencia, muy por encima de la media de la UE del 5,9% (Eurostat, 2021). Además, los datos agregados a nivel de la UE incluidos en la encuesta recientemente publicada sobre violencia de género (FRA, EIGE, Eurostat, 2024) muestran que en los últimos 12 meses antes de la encuesta (que tuvo lugar durante 2020-2024), el 11,7% de las mujeres en Rumania sufrieron violencia física o amenazas, violencia sexual y/o

[407] https://violentaimpotrivafemeilor.ro/impreuna-pentru-siguranta-femeilor-proiect/

violencia psicológica por parte de una pareja íntima. De nuevo, se trata del porcentaje más alto entre todos los Estados miembros, siendo la media de la UE del 5,3%.

A pesar de la adopción en Rumania de un marco jurídico integral que aborda la cuestión de la violencia doméstica, incluida una ley especial dedicada a prevenirla y combatirla, aspectos que se analizarán a continuación, las causas persistentes de este fenómeno son complejas y están interconectadas. Como en otros países, hay causas profundas de carácter social, cultural, económico y psicológico. En el contexto rumano, sin embargo, hay *factores específicos* que contribuyen al mantenimiento y perpetuación de este tipo de violencia. Por un lado, los estereotipos y roles de género representan uno de los factores culturales estructurales que crean un contexto favorable para la violencia doméstica en su forma más común, como violencia dirigida predominantemente contra las mujeres. La sociedad rumana todavía está influenciada por los modelos de roles de género tradicionales (por ejemplo, la mujer como ama de casa, el hombre como proveedor de ingresos), que fomentan el dominio masculino y la sumisión femenina, especialmente en el entorno familiar (Popescu y Toma, 2020). Estos patrones de pensamiento contribuyen a la normalización del abuso y a la estigmatización de las víctimas. Al mismo tiempo, existe un bajo nivel de educación jurídica y cívica respecto a los derechos de las víctimas y la existencia de mecanismos de protección, brecha que, sumada a la falta de educación emocional y de habilidades de gestión de conflictos, perpetúa la falta de conciencia respecto a las conductas abusivas. Un estudio nacional realizado por la Fundación Vodafone Rumanía (2024) destaca una serie de percepciones y comportamientos sociales que contribuyen a la perpetuación de la violencia doméstica en Rumanía. Según él, el 70% de los rumanos conocen casos de violencia doméstica, pero sólo el 4% los ha notificado a las autoridades. El 75% de quienes presencian episodios de violencia doméstica optan por no involucrarse porque consideran que no es asunto suyo o que podría vulnerar la privacidad de los implicados y más de la mitad (52%) trata superficialmente las situaciones tensas en la pareja, sobre todo si luego los miembros se reconcilian. Además, un 10% de los encuestados afirma haber sido o ser objeto de algún tipo de maltrato doméstico y un 40% de los encuestados desconoce la existencia de una ley que castigue la violencia doméstica. El estudio también destaca que el 97% de los encuestados condena la violencia física, pero sólo el 79% considera totalmente inaceptable la violencia doméstica, de cualquier naturaleza. Esto indica una percepción más indulgente de las formas de abuso no físicas, como el emocional o el financiero.

Estos datos confirman las conclusiones de un estudio anterior (Băluță y Tufiș, 2022), según el cual, respecto a la violencia económica y psicológica, ha habido pocos cambios de actitud en la última década, y 1 de cada 4 personas todavía considera aceptable que un hombre no deje a su pareja utilizar su dinero como quiera, que se le prohíba tener un grupo de amigos o salir sin su pareja. En muchas comunidades desfavorecidas, especialmente en las zonas rurales, la violencia doméstica todavía se percibe como un asunto privado. Creencias como que «los problemas familiares se resuelven dentro de la familia» conducen a la tolerancia de la violencia y a la reticencia de las víctimas a denunciar a los agresores.

Por otro lado, una serie de causas económicas explican la magnitud de la violencia doméstica. Muchos abusadores utilizan el control financiero como método de subyugación. En Rumania, un porcentaje significativo de víctimas (especialmente mujeres de zonas rurales o sin ingresos propios) no pueden abandonar la relación abusiva debido a la dependencia económica (Cojocaru et al., 2017). Además, la infraestructura de albergues y de asesoramiento psicológico no está suficientemente desarrollada, especialmente en los condados con un alto grado de pobreza. Según un informe de la Agencia Nacional para la Igualdad de Oportunidades - ANES (2022), en muchas regiones no existe un centro especializado funcional.

Ciertos factores individuales (temperamentales), a menudo identificados en la jurisprudencia de los tribunales rumanos, también son responsables de la perpetuación de la violencia doméstica, y en muchos casos se ha documentado el vínculo entre el abuso de alcohol y el comportamiento violento, estando los agresores bajo la influencia del alcohol o de sustancias psicoactivas en el momento del abuso. Los modelos familiares disfuncionales y los traumas familiares también son responsables, y la violencia doméstica suele ser un ciclo intergeneracional: los niños que crecen en entornos abusivos tienen más probabilidades de convertirse en agresores o víctimas si no se tratan los traumas psicológicos y los trastornos del comportamiento.

No menos importante es el hecho de que se considera que una serie de causas jurídicas e institucionales están en el origen de la magnitud de la violencia doméstica en Rumanía. Si bien la legislación nacional ha mejorado en los últimos años, alineándose en gran medida con los requisitos del Convenio de Estambul, persisten algunas deficiencias, incluida la falta de un sistema integrado de recopilación de datos sobre la violencia doméstica, que es esencial para desarrollar estrategias y planes pertinentes y coherentes (GREVIO, 2022). Las mayores deficiencias se encuentran en

la aplicación de la ley, que a menudo es inconsistente o ineficaz y los órganos judiciales a menudo tratan la violencia doméstica como un conflicto privado, no como un delito grave (Tribunal Constitucional de Rumania, 2020). Los fiscales, jueces y agentes de policía no reciben formación sistemática para identificar y gestionar casos de violencia doméstica. Por ello, muchas quejas se cierran prematuramente o no se resuelven a tiempo. Si bien existe el mecanismo de la orden de protección, su trámite no es lo suficientemente rápido y en ocasiones tiene un carácter más formal que efectivo. En algunos casos, los agresores cometieron nuevos actos de violencia mientras la orden aún estaba vigente.

Por lo tanto, las causas de la violencia doméstica en Rumania están profundamente arraigadas en las normas sociales, la falta de educación, las adicciones, las vulnerabilidades económicas y las deficiencias en el sistema de protección de las víctimas. Combatir este fenómeno requiere una intervención integrada: una legislación eficaz, educación para la igualdad de género, apoyo real a las víctimas y un cambio de mentalidad a nivel social. Los recientes instrumentos normativos adoptados a nivel internacional y europeo, en particular la Directiva (UE) 2024/1385, que establece normas mínimas obligatorias para todos los Estados miembros, destinadas a proteger a las víctimas, sancionar a los autores y prevenir eficazmente este tipo de violencia, pueden constituir la base para cambios a nivel nacional que conduzcan a una reducción significativa de la incidencia de la violencia doméstica.

4.2. El impacto de la violencia doméstica en el mundo del trabajo, un problema demasiado poco reconocido y abordado en Rumanía

Comenzamos señalando que en el marco jurídico actual en Rumanía la cuestión de la violencia doméstica y el mundo del trabajo tienen muy pocos puntos de conexión. A pesar de la magnitud de este fenómeno, la violencia doméstica todavía se considera un problema «privado» y no social, que puede y debe abordarse también en el lugar de trabajo. Este hecho, aunque tiene repercusiones en el mundo del trabajo, incluso en términos de empleo, productividad, seguridad y salud, es ampliamente resaltado por las organizaciones activas en el sector y se refleja incluso a nivel de la jurisprudencia de los tribunales de Rumanía. Algunos lugares de trabajo, especialmente aquellos que son de fácil acceso al público, pueden convertirse en lugares donde se manifiesta la violencia doméstica, con casos recientes de asesinatos en lugares de trabajo con resonancia nacional, ocurridos en espacios dedicados a actividades educativas, como

un jardín de infantes, o varios crímenes cometidos en una peluquería o en el estacionamiento de dichos espacios. En algunos casos, las víctimas ya habían sido objeto de medidas de protección para víctimas de violencia y habían presentado denuncias contra el agresor. Esto supone un riesgo aún mayor para los trabajadores que realizan trabajo desde casa, ya sea como teletrabajadores o en actividades domésticas, muchos de los cuales son mujeres que trabajan de manera informal (Asociación para la Libertad y la Igualdad de Género - A.L.E.G., 2021). El espacio doméstico del trabajo (formal o informal) es, en este contexto, también el espacio de la violencia.

Las implicaciones de la falta de medidas de protección y apoyo a las víctimas de violencia doméstica en el lugar de trabajo pueden ser dramáticas para ellas y en los múltiples casos de violencia económica llevados ante los tribunales rumanos. En uno de estos casos, documentado en la literatura especializada (Moarcăș, 2024), el tribunal destaca que «el demandado admitió haber contactado con la gerente del nuevo lugar de trabajo de la demandante tras regresar al país, haber mantenido una serie de conversaciones con ella y, como resultado de este hecho, la demandante se quedó sin trabajo. En estas condiciones, no puede ejercer ninguna actividad profesional, por lo que se sostiene la existencia de violencia económica [...]». La pérdida del empleo es, en este caso, la consecuencia del hecho de que los empleadores en Rumania tienen obligaciones sólo en relación con los actos de violencia cometidos por superiores o colegas en el espacio físico del lugar de trabajo, no teniendo responsabilidades concretas respecto de los actos de violencia doméstica a los que puedan ser sometidas las respectivas personas. Como ya ocurre en otros países, el Estado tiene la capacidad de tomar medidas para que las víctimas de violencia doméstica puedan buscar ayuda sin perder su empleo ni reducir sus ingresos. Sin embargo, la legislación rumana aún no ofrece una respuesta a esta cuestión (Asociación para la Libertad y la Igualdad de Género - A.L.E.G., 2021). Es evidente que, al menos en relación con las disposiciones del Convenio 190 de la OIT, ratificado por Rumania, esta situación debe cambiar mediante la implementación de modificaciones legislativas que incluyan obligaciones para los empleadores de mitigar los efectos de la violencia doméstica en el lugar de trabajo. La legislación de otros estados que han instituido tales medidas proporciona numerosos ejemplos de formas de abordar el impacto de la violencia doméstica en el lugar de trabajo. En la mayoría de los casos, se incorporan a las normas de salud y seguridad en el trabajo, en combinación con otras medidas políticas destinadas a la

concienciación y la educación. Estos generalmente incluyen la implementación de políticas y programas en el lugar de trabajo para apoyar a las víctimas de violencia doméstica, así como el derecho a licencia retribuida, reconociendo que los sobrevivientes de violencia doméstica pueden necesitar tiempo libre del trabajo para asistir al tribunal, encontrar vivienda segura y educación para sus hijos, y buscar seguridad u otras formas de adaptarse para abordar el impacto de la violencia doméstica en sus vidas. Otras medidas para proteger a los trabajadores afectados por la violencia doméstica incluyen ajustes en el lugar de trabajo, como la reubicación, el cambio temporal de tareas laborales y/o horarios de trabajo flexibles, pero también el establecimiento de restricciones, prohibiciones de contacto u otros mandatos o medidas de protección emitidos por la Policía rumana o el tribunal (Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, 2023).

Al mismo tiempo, los empleadores pueden desarrollar sus propias políticas internas sobre violencia doméstica, considerando los beneficios que la implementación de dichas políticas trae al negocio de la empresa. El ejemplo de las empresas multinacionales, algunas de las cuales también están presentes en Rumania, que han desarrollado políticas globales sobre violencia doméstica para empleados afectados por ella puede ser valioso. Para referirnos sólo a un caso, en 2019, Vodafone lanzó su primera política global contra la violencia doméstica, actualizada en 2020 (Vodafone, 2021), que establece una gama integral de medidas en el lugar de trabajo para las/los trabajadoras/es en riesgo de sufrir, que están experimentando y/o recuperándose de violencia y abuso doméstico. Con los objetivos de «reconocer, responder y referir», considera: 10 días de licencia remunerada; reorganización de las tareas laborales; programas de asistencia a trabajadoras/es; protección de la seguridad en el lugar de trabajo (plazas de estacionamiento seguras; alertas a los equipos de seguridad; evaluación de riesgos y plan de seguridad con sobrevivientes de violencia doméstica, entre otras); derivación a servicios especializados en violencia doméstica.

4.3. Límites del marco regulatorio actual y perspectivas de reforma

Para las organizaciones que luchan contra la violencia doméstica y la violencia contra las mujeres, pero también para la sociedad en general, es frustrante observar que, a pesar de la membresía en la Unión Europea, como un espacio con altos estándares democráticos y tolerancia cero hacia la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, consideradas, de forma similar a la comprensión recibida en la

Convención de Estambul, una cuestión de desigualdad entre mujeres y hombres, no hay mejoras significativas en la prevalencia de estas formas de violencia en la sociedad rumana. La explicación puede encontrarse, al menos parcialmente, en lo que señalamos en un artículo anterior (Mătușescu, 2015), a saber, en el hecho de que, si bien Rumania ha armonizado su legislación con la normativa de la Unión y se ha alineado con los objetivos europeos en el campo de la igualdad entre mujeres y hombres, incluso introduciendo un componente relacionado con la prevención y la lucha contra la violencia doméstica en los documentos estratégicos sobre igualdad de género, esta armonización legislativa se ha limitado con mayor frecuencia a la transposición mínima y, a veces mimética, de los actos jurídicos vinculantes de la Unión Europea.

La ratificación por parte de Rumanía del Convenio de Estambul en 2016 (Parlamento de Rumanía, 2016), que podría percibirse como una toma de conciencia de la gravedad del fenómeno de la violencia doméstica, está en el origen de una reforma significativa, en los últimos años, de la legislación nacional en el ámbito de la violencia doméstica. Entre otras cosas: se modificaron las definiciones y se introdujeron nuevas formas de violencia, como la violencia psicológica o la ciberviolencia; se prohíbe expresamente que la costumbre, la cultura, la religión, la tradición o el llamado «honor» puedan considerarse como justificación de cualquier tipo de actos de violencia; se introdujo la orden de protección temporal, emitida en situaciones de riesgo ante la detección de agentes policiales, con una duración de cinco días, la cual es confirmada por el fiscal dentro de las 24 horas siguientes a la fecha de su emisión, y un sistema de seguimiento de agresores mediante pulseras electrónicas; se establecen servicios de emergencia integrados para las víctimas de violencia sexual y se encarga a las autoridades locales de financiar los servicios para las víctimas y los agresores; se establece la obligación de las instituciones estatales de producir periódicamente estadísticas sobre el fenómeno, estadísticas que respeten la dimensión de género; se establece la posibilidad de que las víctimas de violencia doméstica que presenten una denuncia penal se beneficien, previa solicitud, de un apoyo económico para cubrir gastos por necesidades urgentes.

Al menos como objetivo a alcanzar, las normas nacionales rumanas en el ámbito de la lucha contra la violencia doméstica persiguen un enfoque centrado en las víctimas de violencia doméstica, así como la intervención coherente, eficaz e inmediata de todos los actores responsables, entre los principios de acuerdo con los cuales se logra la

protección y promoción de los derechos de las víctimas de violencia doméstica, incluyéndose el principio del enfoque integrado. Sin embargo, es precisamente en este aspecto del enfoque integrado en el que el Estado rumano parece haber fracasado, porque si bien existe legislación que abarca el derecho penal, el derecho laboral, la legislación sobre no discriminación, igualdad de oportunidades y de trato, e incluso se puede observar una sobrerregulación en esta materia, el marco jurídico nacional todavía se caracteriza por la inconsistencia en términos de definición, criterios, autoridades competentes, sus poderes y el procedimiento para establecer los hechos. Además, la implementación de las medidas existentes es deficiente, siendo las principales causas la escasa coordinación y cooperación interinstitucional, la participación insuficiente de las autoridades locales, la reducida implicación de las ONG y otros actores no estatales, pero también la reducción de los recursos presupuestarios (GREVIO, 2022).

Uno de los aspectos que podría considerarse problemático y que podría explicar en parte los modestos resultados en la lucha contra la violencia doméstica es la forma en que Rumania aborda la cuestión de la violencia doméstica, que se sitúa en el ámbito de la protección de la familia, apuntando por igual a cualquier miembro de la familia, sin introducir una perspectiva en términos de igualdad de género y de derechos de las mujeres. Así, en el marco de la aplicación del Convenio de Estambul, se modificó la ley de lucha contra la violencia doméstica tanto a nivel del título como de la definición de violencia doméstica (Parlamento de Rumanía, 2020). En el título, el término «violencia familiar» se sustituye por «violencia doméstica», y su definición en el texto de la ley se hace en el sentido dado al concepto de violencia doméstica por el Convenio de Estambul, sin tratar no obstante la violencia contra la mujer como una forma distinta de violencia doméstica. Sin embargo, el Convenio de Estambul establece que las medidas legislativas o de otro tipo necesarias «se basarán en una comprensión de género de la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, y se centrarán en los derechos humanos y la seguridad de las víctimas» (art. 18). El enfoque del legislador rumano ignora así el hecho de que las mujeres son, en una medida abrumadora y preocupante, víctimas de diversas formas de violencia. En un enfoque centrado en los derechos de las personas afectadas por la violencia doméstica, el énfasis recae en los síntomas del problema y no en las causas estructurales que favorecen la (re)producción del fenómeno (Băluță y Tufiș, 2022). Sin embargo, si no se abordan factores culturales estructurales como los estereotipos y los roles de género, que, como se ha demostrado

anteriormente, crean un contexto favorable para la violencia contra la mujer, es muy poco probable que se produzca una reducción significativa de la incidencia de este tipo de violencia.

Al mismo tiempo, observamos que el propósito declarado en la exposición de motivos de la ley sobre violencia doméstica es «proteger y apoyar a la familia», lo que induce a confusión respecto a la restricción del alcance de la violencia doméstica únicamente al ámbito familiar, en el sentido tradicional. Tal limitación existe respecto de los actos de violencia que pueden ser perseguidos. La violencia doméstica no está tipificada como delito específico en el Código Penal rumano (Parlamento de Rumania, 2009), que se refiere explícitamente sólo a la violencia familiar, y el art. 199 establece que cuando se produzcan actos de homicidio (art. 188), homicidio agravado (art. 189), golpes u otra violencia (art. 193), lesiones corporales (art. 194) o golpes o lesiones que causen la muerte (art. 195) contra un miembro de la familia, la pena máxima especial se incrementará en una cuarta parte. Además, el Código Penal (arts. 177 y 199) mantiene una definición restrictiva de «miembros de la familia», que excluye a las parejas que cometen actos de violencia que no conviven en el mismo domicilio que la víctima.

Es importante destacar que la dimensión que toma en cuenta las desigualdades entre mujeres y hombres no es explícitamente visible, sino sólo implícitamente a lo sumo, en estas normas, y mantener diferencias entre el ámbito público y privado (por ejemplo en la definición de violencia doméstica y/o violencia familiar) no permite ni tipificar ni sancionar rigurosamente todas las formas de violencia contra las mujeres, ni abordar eficazmente el impacto de la violencia doméstica en el mundo del trabajo, como hemos mostrado anteriormente.

El enfoque seguido por Rumania en la regulación de la violencia doméstica se aleja así de la concepción común de los tres instrumentos jurídicos analizados a lo largo de este trabajo – el Convenio de Estambul, la Directiva VCM de la UE y el Convenio de la OIT (n.º 190), según el cual, para ser eficaces, las leyes y políticas de protección y lucha contra la violencia doméstica requieren un enfoque holístico, inclusivo, integrado y sensible al género, basado en el reconocimiento de que, afectando desproporcionadamente a las mujeres, la violencia doméstica es una forma de violencia contra la mujer.

Es sorprendente y confuso observar que, si bien esta concepción se enuncia lo más claramente posible entre los principios básicos del Convenio de la OIT (núm.

190), en la traducción al rumano del Convenio, que acompaña a la ley de ratificación de este Convenio por Rumania (Parlamento de Rumania, 2024), el término «violencia doméstica», tal como se encuentra en las versiones en inglés y francés, consideradas auténticas de conformidad con el artículo 20 del Convenio, se tradujo como «violencia familiar» en el artículo 10 lit. f, sobre las obligaciones de los Estados.

Como parte tanto del Convenio de Estambul del Consejo de Europa como del Convenio de la OIT (núm. 190), Rumanía debería reformar su marco jurídico, especialmente porque este último entra en vigor para Rumanía en junio de 2025. Al mismo tiempo, la Directiva de la UE sobre la violencia contra las mujeres establece que los Estados miembros garantizarán la entrada en vigor de las leyes, reglamentos y disposiciones administrativas necesarias para cumplirla antes del 14 de junio de 2027. Por lo tanto, para garantizar el efecto sinérgico de los tres reglamentos en términos de reconocer y abordar la violencia doméstica, Rumanía no debería esperar a la fecha límite para transponer la directiva, sino adoptar medidas que tengan en cuenta todos estos reglamentos. Estas medidas se sumarían a otras adoptadas en los últimos años, pero cuya insuficiencia ha sido ampliamente destacada en la doctrina rumana.

El Convenio de la OIT (núm. 190) y la Recomendación que lo acompaña (núm. 206) representan un marco de acción y procedimiento que respondería a muchos de los desafíos que se enfrentan actualmente para garantizar un enfoque eficaz de la cuestión de la violencia doméstica. El punto de partida podría ser la implementación del enfoque inclusivo, integrado y sensible al género que propone esta Convención, no sólo en referencia a la prevención y eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, sino también en lo que respecta a la violencia doméstica en general. El carácter inclusivo de este enfoque debería implicar un amplio alcance de protección contra la violencia y el acoso, incluyendo a todas las víctimas y teniendo en cuenta las diferentes necesidades específicas de las personas vulnerables en riesgo de discriminación (entre las que las mujeres son una categoría importante). Un enfoque sensible al género se refiere a abordar las causas de la violencia y el acoso de género, como las relaciones de poder desiguales basadas en el género, los estereotipos de género, así como las desigualdades interseccionales relacionadas con la orientación sexual, la etnia, la edad, la (dis)capacidad, etc., y reducir sus efectos negativos. La igualdad de género se convierte así en un elemento central. El carácter integrado de tal enfoque implica la inclusión de esta visión uniforme en el derecho penal y laboral, así como en las leyes y políticas públicas sobre seguridad y salud en el trabajo y las leyes

sobre no discriminación, igualdad de oportunidades y de trato y derechos de los migrantes, adoptando al mismo tiempo medidas específicas de prevención y protección, medidas de aplicación de la ley y acceso a recursos, así como medidas de orientación, formación y sensibilización dirigidas a una amplia gama de personas. Sin duda, este enfoque representará un desafío para el legislador rumano, dados los numerosos actos normativos internos que abordan la cuestión de la violencia y el acoso (Defensor del Pueblo, 2023). Esto no será posible sin un cierto consenso a nivel social, que requiere la amplia participación de las ONG que trabajan en el ámbito de la violencia contra las mujeres, la violencia de género y campos relacionados, así como de las asociaciones empresariales y sindicales.

5. Conclusiones

Como se ha señalado a nivel de las Naciones Unidas, muchas mujeres que son víctimas de violencia en sus relaciones de pareja siguen desprotegidas. Los autores a menudo quedan impunes debido a enfoques inadecuados de aplicación de la ley que no se ajustan a los tratados internacionales de derechos humanos. Un enfoque neutral en cuestiones de género, sumado a la falta de datos y a los estereotipos existentes, resulta en la negación de la violencia contra la mujer y su tolerancia o normalización (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2017).

Aunque pertenecen a diferentes marcos jurídicos internacionales (derecho laboral (C190 de la OIT), derechos humanos (Convenio de Estambul) y derecho penal de la UE (Directiva 2024/1385)), estos tres instrumentos convergen significativamente en términos de sus objetivos generales, principios y obligaciones. Todos reconocen que la violencia de género es una forma de discriminación sistémica y un problema de gran preocupación pública. Esta convergencia permite el desarrollo de un marco multidimensional y coherente que ofrece una protección más completa a las víctimas, independientemente de dónde se ejerza la violencia: en el espacio público, en la esfera privada o en el trabajo. Además, la integración de estos instrumentos contribuye a fortalecer el principio de *due diligence*, según el cual los Estados deben adoptar medidas efectivas para prevenir y sancionar la violencia, así como para brindar reparaciones efectivas a las víctimas. La armonización de las normas internacionales y europeas se convierte así en una condición esencial para la aplicación efectiva de los derechos fundamentales de las mujeres y otras categorías vulnerables.

La lucha contra la violencia doméstica en Rumanía requiere un enfoque multidimensional que combine legislación, educación, recursos institucionales y cooperación internacional. La armonización con los estándares europeos e internacionales no debe limitarse a la transposición formal de las normas, sino que debe traducirse en cambios estructurales, tanto a nivel institucional como cultural. El compromiso con la erradicación de la violencia doméstica no puede ser una opción política, sino una obligación legal y moral que derive de los valores fundamentales de la Unión Europea: dignidad humana, igualdad, justicia y derechos humanos.

Referencias bibliográficas:

- Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA). (2023). *Domestic violence in the workplace*. Discussion Paper (author, Pillinger, J.). https://osha.europa.eu/sites/default/files/Domestic-violence-in-the-workplace_en_0.pdf
- Agencia Nacional para la Igualdad de Oportunidades (ANES). (2022). *Raport privind centrele de asistență pentru victimele violenței domestice (Informe sobre los centros de asistencia a víctimas de violencia doméstica)*. http://anes.gov.ro
- Asociación para la Libertad y la Igualdad de Género - A.L.E.G. (2021). *Angajatori Pentru Respect. Fără hărțuire în lumea muncii. Recomandări pentru politici publice (Empleadores por el respeto. No al acoso en el mundo laboral. Recomendaciones para políticas públicas)* https://aleg-romania.eu/wp-content/uploads/2021/11/Policy-brief-ALEG-Angajatori-pentru-respect-2021-FINAL.pdf
- Avocatul Poporului (El Defensor del Pueblo). (2023). *Raport special privind hărțuirea și violența la locul de muncă* (*Informe especial sobre acoso y violencia en el ámbito laboral*). Bucarest. https://avp.ro/wp-content/uploads/2023/04/Raport-hartuire-si-violenta-la-locul-de-munca.pdf
- Băluță. I y Tufiș, C. (2022). *Barometrul Violenței de gen 2022. Violența împotriva femeilor în România: reprezentări, percepții (Barómetro de Violencia de Género 2022. Violencia contra las mujeres en Rumanía: representaciones y percepciones)*. Prensa de la Universidad de Cluj: Editorial Dota.
- Cojocaru, D., Cojocaru, S., y Butnaru, S. (2017). «Violența domestică și vulnerabilitatea economică în România rurală» («Violencia doméstica y vulnerabilidad económica en la Rumanía rural»). *Revista de Asistență Socială*, (1), 91–103.
- Comisión Europea. (2021). *Informe de 2021 sobre la igualdad de género en la UE.* https://ec.europa.eu/info/files/2021-report-on-gender-equality-in-the-eu_en.
- Comisión Europea. (2022). Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0105
- Consejo de Europa. (2011). Convención sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210
- Consejo de la Unión Europea. (2023). Decisión 2023/1075 de 1 de junio de 2023 relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y

lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta a las instituciones y la administración pública de la Unión. Diario Oficial de la Unión Europea, LI 143/1 del 2 de junio de 2023.

- Consejo de la Unión Europea. (2024). Decisión (UE) 2024/1018, de 25 de marzo de 2024, por la que se invita a los Estados miembros a que ratifiquen el Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (n.o 190), de la Organización Internacional del Trabajo. Diario Oficial de la Unión Europea*, L 1018 del 2 de abril de 2024.*
- Consejo de las Comunidades Europeas. (1989). Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Diario Oficial de la Unión Europea, L 183 del 29 de junio de 1989.
- El Parlamento de Rumania. (2009). Ley N° 286 de 17 de julio de 2009 sobre el Código Penal, Diario Oficial núm. 510 del 24 de julio de 2009.
- El Parlamento de Rumania. (2016). Ley N° 30 de 17 de marzo de 2016 para la ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, adoptado en Estambul el 11 de mayo de 2011. Diario Oficial núm. 224 del 25 de marzo de 2016.
- El Parlamento de Rumania. (2020). Ley N° 217 del 22 de mayo de 2003 (republicada) para la prevención y lucha contra la violencia doméstica. Diario Oficial núm. 948 del 15.10.2020.
- El Parlamento de Rumania. (2024). Ley N° 69 del 28 de marzo de 2024 para la ratificación del Convenio núm. 190/2019 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, adoptada en la 108ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, en Ginebra el 21 de junio de 2019, Diario Oficial núm. 285 del 2 de abril de 2024.
- Eurofound. (2021). *Measures to prevent and tackle domestic violence against workers*. https://www.eurofound.europa.eu
- Eurostat. (2021). *Gender-Based Violence Database*. https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/gbv_dv_occ/default/table?lang=en&category=livcon.gbv.gbv_dv
- FRA - Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (2014). *Violencia contra las mujeres: una encuesta a nivel de la UE*. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_es.pdf
- FRA, EIGE, Eurostat. (2024), *EU gender-based violence survey – Key results. Experiences of women in the EU-27*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo.
- Fundación Vodafone Rumanía. (2024). *Studiu: 70% dintre români cunosc cazuri de violență domestică, însă doar 4% au anunțat autoritățile (Estudio: El 70% de los rumanos conoce casos de violencia doméstica, pero solo el 4% los ha denunciado a las autoridades)*. https://fundatia-vodafone.ro/noutati/comunicate-de-presa/studiu-70-dintre-romani-cunosc-cazuri-de-violenta-domestica-insa-doar-4-au-anuntat-autoritatile/
- GREVIO - Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence. (2022). *Baseline Evaluation Report Romania*. https://rm.coe.int/final-report-on-romania/1680a6e439

- Instituto Europeo de Igualdad de Género (EIGE). (2022). *Índice de Igualdad de Género: La pandemia de COVID-19 y los cuidados*. https://eige.europa.eu/publications/gender-equality-index-2022-covid-19-pandemic-and-care
- Mătușescu, C. (2015). «The implementation in Romania of the policies and objectives of the European Union in the area of gender based equality – between legislative conformism and modest results. Brief critical considerations», *Valahia University Law Study*, issue 2, 25-40.
- Mătușescu, C. (2019). «Protección transfronteriza de las víctimas de la violencia doméstica a nivel de la Unión Europea: preocupaciones europeas y obstáculos nacionales», en el volumen *Género y no discriminación. Analisis transversal e interdisciplinar*, coord. Monsalve Cuéllar, M. E. Ed. Alderabán: España, 723-744.
- OECD - Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2020). *Gender-based violence and the workplace: Understanding the economic impacts*. https://www.oecd.org/en/topics/gender-based-violence.html
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2017). *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*. https://www.ohchr.org/en/issues/women/srwomen/pages/srwomenindex.aspx.
- Organización Internacional del Trabajo. (2018). *Ending violence and harassment in the world of work*. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_637108.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (2019). *Convenio sobre la violencia y el acoso*. https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2024). Directiva (UE) 2024/1385, de 14 de mayo de 2024, relativa a la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Diario Oficial de la Unión Europea, L 1385 del 24 de mayo de 2024.
- Parlamento Europeo. (2024). Recomendación sobre el proyecto de Decisión del Consejo por la que se invita a los Estados miembros a que ratifiquen el Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (n.º 190), de la Organización Internacional del Trabajo, P9_TA(2024)0135, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2024-0040_ES.html
- Pillinger, J., Bowlus, A., MacQuarrie, B., y Stancanelli, E. (2019). *Survey held in 6 companies: "How does domestic violence impact the workplace?"* OneInThreeWomen and Face Foundation. https://www.fondationface.org/wp-content/uploads/2019/11/FACE_-ProjetOneInThreeWomen.210x297_UK.pdf
- Popescu, R., y Toma, A. (2020). «Gender Roles and Domestic Violence: The Romanian Case». *Romanian Journal of Sociology*, 31(2), 145–162.
- Tribunal Constitucional de Rumania. (2020). Decisión núm. 264 del 21 de abril de 2020.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2021). Sentencia del 15 de junio de 2021 en el caso Kurt c. Austria. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-210463%22]}
- Vodafone. (2021). *Domestic violence and abuse at work: Recognise, respond and refer.* https://www.vodafone.com/sites/default/files/2021-11/vodafone-domestic-violence-abuse-toolkit-2021.pdf

- Walby, S., y Olive, P. (2014). *Estimating the costs of gender-based violence in the European Union*. European Institute for Gender Equality. https://eige.europa.eu/sites/default/files/documents/MH0414745EN2.pdf

TENDENCIAS DEL DERECHO A LA DESCONEXION EN AMERICA LATINA

Carlos Reynoso Catillo[408]

Sumario: *Introducción; Antecedentes; I. Conceptos y características: a) El concepto; b) Formalidades contractuales; c) Elementos esenciales; d) La subordinación; e) Obligaciones de las partes; f) Herramientas de trabajo; g) Derechos colectivos; h) La salud; II. Derecho a la desconexión: a) Los conceptos; b) Los modelos de regulación; c) Los retos; c.1 Privacidad; c.2 Acoso laboral; c.3 Tipos de desconexión; c.4 Enfoque de género; c.5 Contextos para la desconexión; c.6 Políticas públicas; Conclusiones; Bibliografía.*

Introducción

Siempre se consideró que el mundo del trabajo era dinámico por su naturaleza y por los sujetos y relaciones que regula y que , en consecuencia, el marco jurídico con que se intenta regularlo, también resiente esos cambios al tratar de reflejar, normativamente hablando, las variantes como el trabajo y las relaciones laborales se presentan; sin embargo, aquél dinamismo "normal" se vio acelerado con motivo de los problemas sanitarios que en los años recientes enfrentó la humanidad, así como las necesidades de las empresas por adaptarse a un mundo cada vez más competido y abierto; esta situación llevo a muchos países a tratar de regular diversas y nuevas maneras en que el trabajo se desarrollaba; y es en ese contexto en el que hay que entender la tendencia en la que se inscriben muchos países al regular el teletrabajo.

Teniendo como referencia esta idea inicial, en este trabajo se presenta un panorama general sobre el tema del teletrabajo, mostrando como se ha venido regulando en varios países latinoamericanos[409] y, de manera particular, el denominado derecho a la desconexión digital, entendida como una idea emblemática que muestra las dificultades que viene enfrentando el Derecho del trabajo para incluir en su campo de aplicación nuevas formas de prestar el trabajo. Este trabajo presenta una idea inicial elaborada desde la óptica del derecho comparado, que busca alimentar el debate sobre la actualidad del Derecho del trabajo y como una invitación para profundizar los estudios sobre aspectos puntuales del mundo jurídico laboral.

---

[408] Profesor de Derecho del trabajo, Universidad Autónoma Metropolitana, Ciudad de México y asesor en materia laboral.

[409] Los países son Argentina, Costa Rica, Perú, Colombia, Ecuador, Uruguay y México.

Antecedentes

En muchos países se pueden encontrar vestigios de intentos de regulación del trabajo fuera de los espacios físicos de la empresa, tenemos casos como el de Argentina donde existieron esfuerzos de análisis y adopción de una legislación sobre teletrabajo desde inicios del presente siglo. De igual manera en Colombia, por ejemplo, se adopta una legislación pionera sobre el teletrabajo en la región, como la Ley 1221 de 2008, en donde se sientan las bases de esta modalidad de trabajo a distancia y donde se presentó, como un instrumento para el fomento del empleo y del autoempleo; esta legislación colombiana se vería complementada en los siguientes años con sendos decretos (884 de 2012 y 1227 de 2022) en donde se hacen algunas precisiones adicionales y puntuales sobre el tema. El modelo colombiano influiría en varios países latinoamericanos en la adopción de su propio régimen del teletrabajo; en donde esta visión que presenta al teletrabajo como una herramienta de política pública, también aparece de manera coincidente entre las justificaciones y motivaciones de su regulación en varios países de la región.

Por su parte en Costa Rica también podemos encontrar algunos esfuerzos de promoción del teletrabajo desde el 2007 con los empleados del sector eléctrico (Instituto Costarricense de Electricidad) en donde se plantearon importantes beneficios para los trabajadores y sus familias.

Sin embargo, esos primeros esfuerzos de regulación se verían incrementados en el contexto de la pandemia de covid-19 en donde la necesidad de ausentarse de los espacios físicos del trabajo, motivo la urgente de necesidad de contar con un marco regulatorio del teletrabajo como una modalidad de trabajo utilizada ampliamente. Así, pudimos ver como en varios países se avanzaba en la adopción de normas especiales en el tema; por ejemplo, en Ecuador el marco regulatorio del teletrabajo se iría construyendo a partir de diferentes disposiciones, unas emitidas por la Asamblea Nacional como la reforma primera de la Ley Orgánica de Apoyo humanitario para combatir la crisis derivada del covid-19 posterior al art. 16 del Código de trabajo; así como la Reforma tercera de dicha Ley, la cual agregó un artículo (sin número) al art. 25 de la Ley orgánica del servicio público, relativo al teletrabajo, todas del año 2020; con independencia de otras disposiciones que se adoptaron en el contexto de la pandemia. De igual manera, en Uruguay, teniendo algunos antecedentes del tema en

dos documentos como la Ley 19978 del año 2021 y su reglamentación por medio del Decreto 86/022 del año 2022, se avanzaba en el perfeccionamiento del marco jurídico.

Por su parte en el caso de México, al igual que en otros países, un primer intento de regulación del teletrabajo, en el año 2012, fue incluirlo junto al trabajo a domicilio, viéndolo, erróneamente, como una variante de éste. Cabe recordar que el trabajo a domicilio presenta otro tipo de características, como son la prestación de un trabajo, como parte de un proceso productivo, pero realizado fuera del espacio físico de la empresa o la fábrica; sin embargo, este antecedente permitiría que más tarde el teletrabajo encontrara su propio camino hacia una regulación cada vez más puntual y desarrollada.

Ya algunos autores han señalado que el teletrabajo, reconocido en los códigos de trabajo, contó también con algunas experiencias previas y puntuales en algunas empresas (AXA, Orange, Michelin, Mercedez entre otras) en donde se dio un intento inicial de normar el uso de medios electrónicos durante la jornada de trabajo[410]. De igual manera, en el esfuerzo de trazar la evolución del teletrabajo, y no solo desde la óptica jurídica, hay quienes lo ven como la expresión de una etapa de desarrollo y evolución de la estructura económica global en donde se "digitalizan las actividades de las personas" y como una forma de explotación capitalista y, desde la lógica de los derechos humanos, como una cuarta generación de derechos.[411]

I. Conceptos y características

La agenda de temas y los aspectos jurídicos involucrados en el teletrabajo es amplia, y en el pasado reciente las legislaciones latinoamericanas han ido avanzando al incorporar normas cada vez mas precisas y detalladas sobre el tema, una muestra de esta regulación es el caso chileno, en donde se ha adoptado, en fechas recientes, una normativa mas detallada y compleja. Sin embargo, a pesar de esa diversidad temática, por ahora solo quisiéramos comentar algunos aspectos de esa complejidad.

---

[410] Cf. Naranjo Colorado L.D. "Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: un análisis desde la base del derecho laboral", Saber y Ciencia, vol. 12, no.2, julio-diciembre 2017, Universidad Libre, sede Cartagena, Colombia, p. 51, en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6556861

[411] Cf. Fernández Tapia J. y Bravo Salazar R.G. "El teletrabajo en América Latina: derecho de segunda y cuarta generación y de ciudadanía digital. Crítica y Resistencias, Revista de conflictos sociales latinoamericanos, no.9, Fundación el Llano, Centro de Estudios Políticos y Sociales de América Latina (CEPSAL), en: https://www.criticayresistencias.com.ar/revista/article/view/118/110, pp.19-22.

a) El concepto

Por ejemplo, sobre el concepto de teletrabajo, tenemos casos como el de Argentina donde se optó por regular el teletrabajo como una modalidad del contrato de trabajo, mientras que en Costa Rica se conceptualiza como una modalidad que está sujeta a los "principios de oportunidad y conveniencia", donde son las partes quienes definen sus objetivos y la forma de evaluarlos. Desde el ángulo conceptual, el caso de Costa Rica es interesante ya que el legislador hizo un intento por distinguir diferentes tipos de teletrabajo, en función del lugar concreto donde éste se lleva a cabo, así se habla de telecentro, teletrabajo domiciliario y teletrabajo móvil. De igual manera, encontramos una propuesta clasificatoria del teletrabajo en Colombia, con la Ley (1221), que distingue entre autónomos, móviles y suplementarios; mientras que en Ecuador se distingue entre autónomo, móvil, parcial y ocasional. En Perú, el concepto jurídico de teletrabajo, señalado expresamente por la Ley, incluye diferentes elementos como son su condición regular o habitual, en desempeño subordinado, sin presencia física, y con el uso de plataformas y tecnologías digitales.

Por su parte, en Uruguay se optó por un concepto de teletrabajo donde se subraya el uso "preponderante" de las tecnologías de la información y la comunicación, usadas en "forma interactiva o no" (online-offline); y donde se decidió indicar los principios a los a que se sujetaría este trabajo como son la voluntariedad, la reversibilidad, la igualdad, la no discriminación, así como el fomento del empleo.

En el caso de Chile, el Código de Trabajo distingue entre trabajo a distancia y teletrabajo (en concordancia con el convenio 177 de la OIT), el primero es aquel en que el trabajador presta servicios, total o parcialmente, desde su domicilio u otro lugar distinto a las instalaciones de la empresa; mientras que el teletrabajo es el que se realiza mediante el uso de medios tecnológicos informáticos o de telecomunicaciones.

En ese panorama de opciones conceptuales, el caso de Colombia es interesante ya que su diseño jurídico temprano en la región (2008) derivó en que se viera al teletrabajo, en un sentido más amplio, como una "forma de organización laboral"; esta concepción se replicaría años más tarde también en países como Ecuador.

b) Las formalidades contractuales

Respecto de las formalidades del contrato de teletrabajo, encontramos la casi unanimidad de los países en el sentido de que el teletrabajo se formalice mediante un

contrato escrito; en Costa Rica por ejemplo, se precisa que se necesita "un acuerdo voluntario", o como en México y Uruguay donde el acuerdo por escrito es necesario; mientras que en Perú las partes acordarán las precisiones concretas para esta labor en temas como su temporalidad, la distribución de la jornada, aunque el contrato podría conservarse en soporte digital, siempre que se asegure su integridad y autenticidad.

Así mismo, respecto de los temas a incluir en el contrato, en Colombia se tendrán que precisar aspectos como las condiciones de servicio, los días y horarios, las medidas de seguridad informática, etc.; mientras que, en Uruguay, entre esas precisiones contractuales, están aspectos como los sistemas de registro de asistencia y horario, y en Chile, algunos aspectos puntuales a considerar en el contrato serían el acuerdo sobre la duración del trabajo a distancia o teletrabajo.

Por otro lado, tenemos el tema de la voluntariedad expresa de las partes en la conclusión de los contratos de teletrabajo, que aparece como una constante en varios países; en efecto, el cambio de trabajo presencial a teletrabajo pasa por la necesaria expresión de la voluntad del trabajador, como en Argentina, Perú, Colombia , México y Costa Rica; de igual manera, en sentido inverso, en lo que las leyes llaman la "reversibilidad", la cual como en el caso de Argentina es objeto de precisiones reglamentarias y logísticas para que se implemente, así como los casos de personas que, desde el inicio de su relación laboral, hayan pactado esa modalidad a distancia, no podrían revocarla, salvo casos excepcionales. En algunos países como Costa Rica y Perú esta revocación esta sujeta a cierta temporalidad ya que se tendría que plantear con cierta anticipación (10 días).

c) Algunos elementos esenciales

Algunos rasgos singulares del teletrabajo son incluidos en algunos países, por ejemplo, en Argentina donde un elemento distintivo es que las actividades se realicen "total o parcialmente" en el domicilio de la persona o en lugares distinto a la empresa; en algunos casos se ha incorporado un elemento cuantitativo como rasgo para identificar el teletrabajo, es el caso de México donde la Ley señala que para considerar como teletrabajo la actividad del trabajador involucrado debe realizarse en, por lo menos, un 40 %, con lo cual se incluye un elemento no siempre de fácil medición; mientras que en la mayoría de los países simplemente se descarta como teletrabajo la realización de actividades a distancia de manera ocasional o excepcional.

En algunos casos, la validez de los contratos incluye el cumplimiento de ciertas formalidades incluso administrativas; por ejemplo, en Chile el empleador deberá registrar el contrato de manera electrónica dentro de los 15 días siguientes a que se haya acordado el trabajo a distancia o teletrabajo (en la Dirección del Trabajo).

d) La subordinación

El tema de la subordinación en el teletrabajo es interesante ya que tal vez estamos ante uno de los aspectos cruciales, en el sentido de que es un elemento de la relación de trabajo donde el Derecho del trabajo, en varios países, ha tratado de hacer una adaptación del concepto tradicional de subordinación a la forma en que se presenta en el teletrabajo; las formas como las leyes en América latina se ocupan del tema, son la muestra de las dificultades que hoy enfrentan varios de los conceptos básicos del Derecho del trabajo en el nuevo mundo laboral. En Costa Rica por ejemplo, se señala que el "control" de la persona trabajadora será objeto del acuerdo entre las partes, al igual que en Perú en donde será el empleador el que establezca las disposiciones para, coordinar, controlar y supervisar el teletrabajo, respetando la privacidad del teletrabajador, mientras que en Chile, parte de los elementos a incluir en el contrato de teletrabajo serían los mecanismos de supervisión o control que utilizará en empleador respecto de los servicios convenidos. De igual manera, en el caso de México la Ley señala que "Los mecanismos, sistemas operativos y cualquier tecnología utilizada para supervisar el teletrabajo deberán ser proporcionales a su objetivo, garantizando el derecho a la intimidad de las personas…" (art. 330-I, Ley Federal del Trabajo); de esta manera se busca reflejar en la relación de teletrabajo las facultades de mando del empleador, expresión de la tradicional subordinación jurídica.

e) Las obligaciones de las partes

En este tema, la gran mayoría de los países estudiados ratifican la idea de no discriminación para los teletrabajadores, en el sentido de que deben gozar de los mismos derechos y obligaciones que el resto de los trabajadores, como en Perú, y del respeto, como se señala en Costa Rica, de sus derechos humanos; sin embargo, en algunos casos se deja abierta la posibilidad de que haya "prestaciones presenciales" por el teletrabajo como en Argentina.

En el caso concreto de la jornada de trabajo, si bien, en la mayoría de los países, se plantea que se deberán respetar los límites legales ya establecidos, en las primeras

regulaciones del tema en la región, como en el caso colombiano, el marco jurídico de la jornada en el teletrabajo quedo excluido.; sin embargo, años más tarde esta idea se iría abandonando para tratar de encontrar normas específicas y espaciales; por ejemplo, en Argentina la ley señala que la jornada deberá ser pactada previamente por escrito, mientras que en Costa Rica y Colombia se plantea que el horario puede ser flexible, dentro de los márgenes que ya la ley señala.

En estrecha relación con el tema de la jornada está el de las horas extras, en donde los países han intentado poco a poco de encontrar formas de regular y, en su caso, compensar el trabajo extra en teletrabajo, revisando más allá de los límites que impone la ley. En este caso, llama la atención el caso de Uruguay en donde el "exceso de trabajo diario" no se considera trabajo extraordinario y por lo tanto no se pagaría como tal; sin embargo, si las horas trabajadas superan el límite legal diario, o convencional, se compensarían con horas no trabajadas en otros días; pero si los límites semanales también se superan, entonces si se abonará un 100% de recargo sobre el valor de las horas de los días hábiles. Por su parte, en el caso de Chile el trabajo a distancia o el teletrabajo puede abarcar una parte o la totalidad de la jornada y el empleador podrá implementar, cuando corresponda, un "mecanismo fidedigno" de cumplimiento de la jornada.

Si bien, cabe anotar que en algunos países como Argentina el legislador hizo algunas precisiones, como en el caso de que el teletrabajador(a) tengan a su cargo personas bajo su cuidado, personas menores de 13 años, con discapacidad o adultas mayores y que requieran algún tipo de asistencia específica, tendrían derecho a horarios que sean compatibles con esta situación; en estos casos, el trabajador(a) deberá comunicarlo al patrón esos momentos de pausa. En el mismo sentido, encontramos disposiciones en Chile.

f) Las herramientas de trabajo

Una mención especial merece el tema de las herramientas de trabajo, en donde la obligación añeja de que debe ser el empleador quien las proporcione, en este caso, fue consideraba desde la legislación colombiana de 2008 y que, al paso de los años, sería objeto de algunas precisiones; por ejemplo, que la instalación y el mantenimiento de los equipos corre a cargo del patrón, incluyendo por ejemplo el derecho a una compensación por los gastos en conectividad en Argentina donde incluso no solo se podrá fijar vía negociación colectiva, sino que tendrían un tratamiento fiscal particular.

En Colombia, al igual que en otros casos, con base en el mutuo acuerdo, las partes pondrán el costo y apoyos para cubrir y compensar esos gastos; en esta misma línea está el caso de Uruguay, en que se deja al acuerdo entre las partes todo lo relativo a la provisión de las tecnologías necesarias y salvo desacuerdo, sería el empleador quien las proporcionaría.

En Costa Rica se regula la posibilidad de que sea el trabajador quien labore con sus propios equipos, aunque en este caso, se reconoce el derecho del empleador para tener acceso a información de su propiedad; mientras que en Perú se establece como una obligación del empleador asignar una compensación del consumo de energía eléctrica, con base en ciertos criterios, donde tal vez el más importante sea que esos gastos (internet y electricidad) solo se asumirán por el empleador cuando el trabajo se realice en el domicilio del teletrabajador.

Estos casos contrastan con Ecuador en donde no existe previsión sobre gastos de esta naturaleza a cargo del empleador. En el caso de Chile, si bien el Código de trabajo reitera la obligación a cargo del empleador de proporcionar todos los medios e insumos para que el trabajo pueda realizarse, se señala expresamente que el trabajador no puede ser obligado a utilizar elementos de su propiedad. México, por su parte, optó por una solución en donde el contrato escrito de teletrabajo deberá contener la descripción y monto que se le pagara al trabajador por concepto de pago de servicios en el domicilio relacionados con el teletrabajo.

g) Los derechos colectivos

Los derechos colectivos, en este caso, la sindicalización y negociación colectiva, enfrentan grandes retos para que los sindicatos incorporen a las nuevas tecnologías como parte de sus herramientas de trabajo en defensa de sus agremiados[412]. Los sindicatos, en general, pasan hoy en día por un momento de cierta incertidumbre, en donde la legislación se encuentra ante el reto de hacer respetar los principios generales y los derechos colectivos en el caso del teletrabajo, y las dificultades que esos derechos enfrenten para ejercerse en el mundo digital.

En el caso de Argentina, la Ley expresamente señala que las "regulaciones específicas para cada actividad se establecerán mediante la negociación colectiva", dejando, de esta manera, a la regulación autónoma un papel relevante en el tema; en

[412] Cf. Rostro J.L, López Serrano E. Derecho laboral, sindicalismo y nuevas tecnologías, Tirant lo blanch, México 2022, p.75.

este caso se parte de la idea de que los teletrabajadores deberán ser considerados como parte del conjunto de trabajadores para efectos de su representación. Sobre los derechos colectivos, llama la atención el caso chileno en donde, antes de iniciar las labores a distancia o teletrabajo, el empleador deberá informar al trabajador por escrito sobre la existencia o no de sindicatos en la empresa. En el caso de México se optó por la ambigüedad al señalar que el empleador deberá establecer mecanismos que garanticen la vinculación y contacto entre los teletrabajadores, si no existe un contrato colectivo.

h) La salud

El tema de la salud asume gran complejidad por las condiciones en que se realiza el teletrabajo, aquí encontramos un intento de las legislaciones de asimilar a estos trabajadores al resto de ellos, en aspectos como la higiene y seguridad, así como las "nuevas" enfermedades que se pudieran presentar en los ambientes de este tipo de trabajo. En este tema, los países latinoamericanos van desde los casos en que no existe una regulación especial sobre salud y teletrabajo, como en Ecuador, en donde se aplican las disposiciones generales (Reglamento del seguro general de riesgos de trabajo), hasta países que le han dedicados amplios espacios de regulación como en Chile y Perú.

En algunos países, se han hecho algunas precisiones, por ejemplo en Costa Rica se ofrece un concepto de riesgo de trabajo en el teletrabajo, y se señala que se aplicarán las pólizas ya previstas para el trabajo presencial; mientras que en Perú un derecho del teletrabajador es el ser informado sobre las medidas y condiciones y recomendaciones de protección para su seguridad y salud. De igual manera en Perú la ley 31572 incluye todo un capítulo dedicado a este tema, en donde se abordan temas importantes como mecanismos de evaluación y autoevaluación en los centros de trabajo para detectar riegos para la salud de los teletrabajadores. En casos como el uruguayo y mexicano el tema de la salud tiene normas especiales sobre las características específicas que debe reunir el lugar del trabajo, en donde la inspección del trabajo tendrá facultades, incluso sancionatorias, para verificar el cumplimiento de estas prescripciones. En el caso de Chile el Código de Trabajo señala que, si bien la Dirección del Trabajo podrá en todo momento fiscalizar el cumplimiento de la normatividad, esto solo será posible previa autorización del trabajador, en caso de que este realice su actividad en su domicilio;

idea ésta que ya en su momento había sugerido la OIT, y que se ha retomado en varios países.[413]

II. Derecho a la desconexión

a) Los conceptos

Como puede advertirse el marco jurídico del teletrabajo ha venido ampliándose y precisándose en poco tiempo, dando lugar a nuevos debates, tanto en la doctrina como en los tribunales; sin embargo, por ahora deseamos centrar nuestra atención en uno de los derechos específicos de esta relativamente nueva forma de trabajar y que es el derecho a la desconexión.

En varios países en el desarrollo jurídico laboral del teletrabajo ocupa un lugar importante considerar el uso de las "tecnologías de la información" como un elemento distintivo de esta forma de trabajar, este elemento se subraya en el caso argentino en donde este trabajo se realizaría "mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación"; en algunos países el tema incluso es objeto de definiciones sobre este punto como en México donde la misma Ley ofrece una definición al señalar que "…se entenderá por tecnologías de la información y la comunicación, al conjunto de servicios, infraestructura, redes, software, aplicaciones informáticas y dispositivos que tiene como propósito facilitar las tareas y funciones en los centros de trabajo, así como las que se necesitan para la gestión y transformación de la información, en articular los componentes tecnológicos que permiten crear, modificar, almacenar, proteger y recuperar esa información"; tenemos aquí un esfuerzo conceptual que busca reflejar jurídicamente aspectos técnicos, que no siempre es fácil distinguir.

El tema del uso de tecnologías, como elemento distintivo del teletrabajo, asume una gran relevancia para el tema que nos ocupa, ya que en la mayoría de los países se presenta como el instrumento o herramienta por medio de la cual la tradicional subordinación de la relación laboral se manifiesta; es decir, el tradicional poder de mando o derecho del empleador para ordenar y supervisar como se lleva a cabo el

[413][413] Cf. Villasmil H., Bueno C., Montt G. Lineamientos para la regulación del trabajo a distancia y el teletrabajo, Nota informativa OIT, p. 4, en: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40americas/%40ro-lima/%40sro-santiago/documents/publication/wcms_825183.pdf,

trabajo, cuenta hoy en el teletrabajo, con mayores herramientas que le permitirían cumplir ese objetivo, incluso ante la ausencia física del trabajador.

En un sentido amplio, la "desconexión" física del trabajador del proceso productivo siempre ha existido y regulado por la legislación laboral, por ejemplo, en periodos de tiempo cortos durante el desarrollo de una jornada, mediante pausas legales durante una jornada continua; o bien, mediante pausas más amplias entre una y otra jornada o pausas más prolongadas de varias jornadas en un periodo de tiempo como en el caso de las vacaciones.

Un amplio sector de la doctrina, ha señalado al Derecho francés como un caso pionero y emblemático de reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el año 2017 mediante la ley Khomri (2016-1088) motivado por el deseo de que los trabajadores contaran con un espacio de descanso, personal y familiar; es así , que algunos expertos han ofrecido un concepto de este derecho en sentido negativo al indicar que el derecho a la desconexión es un derecho de no desarrollar actividades fuera de la jornada de trabajo, ni a ser contactado por su patrón sin que ello le cause alguna consecuencia[414]

b) Los modelos de regulación

Uno de los planteamientos generales al hablar de desconexión, es que se trata de una obligación del empleador de respetar los tiempos en que un trabajador no está a su disposición, y por tanto, la relación laboral se encuentra pausada; estos espacios de tiempo en que el trabajador recuperaría su "libertad" ya se había regulado amplia y detalladamente en el Derecho del trabajo a lo largo de la historia, desde las viejas batallas del siglo XIX por limitar las jornadas de trabajo, hasta las nuevas regulaciones para reducir cada vez mas los tiempos de trabajo y hacer a éstos, compatibles con otras necesidades y actividades humanas, más allá de las productivas. En ese sentido, la legislación laboral se encuentra en un proceso creativo dirigido a adaptar el descaso, los reposos y las pausas, dentro y fuera de la jornada de trabajo en el ambiente digital. En ese camino, es que podemos identificar los diferentes modelos de regulación del derecho a la desconexión que los países latinoamericanos han venido adoptando en los últimos años.

[414] Cf. Naranjo Colorado op. cit. p. 51.-52

En Colombia, pionero en estos temas en la región, si bien no se habló de derecho a la desconexión, si se ocupó del tema de una manera original, al señalar que "La asignación de tareas para los teletrabajadores deberá hacerse de manera que se garantice su derecho a contar con un descanso de carácter creativo, recreativo y cultural" (Ley 1221, art. 6.5).

En la región tenemos casos de regulación muy general y poco precisa, como en México donde la ley señala como una obligación del empleador la de respetar el derecho a la desconexión, pero al término de la jornada, sin entrar en más detalles, y tenemos otros casos en donde este derecho es objeto de mas amplias precisiones como el chileno.

Años más tarde, en la segunda y tercera década de este milenio, el derecho a la desconexión iría tomando forma; por ejemplo, en Argentina, hay que recordar, el marco jurídico del teletrabajo quedo delineado mediante dos normas la Ley 27.555 del año 2020 y, al año siguiente, su posterior reglamentación mediante el Decreto o 27/2021. La Ley 27.555 enfatiza que las tecnologías usadas en el teletrabajo deberán usarse acorde con la jornada laboral, y que deberá impedirse la conexión fuera de dicha jornada, aunque se hacen algunas precisiones para el caso de que la actividad se realice en diferentes usos horarios en casos de urgentes donde, dice el reglamento, exista "una razón objetiva", que exige el envío de comunicaciones fuera de la jornada, a lo cual el trabajador no estaría obligado a responder hasta que inicie su jornada. Este planteamiento, se desglosa después en varios derechos concretos como son: derecho a no ser contactado. Por su parte en Colombia, como ya se anotaba, se adoptó una legislación pionera en el tema, la Ley 1221 de 2008 y posteriores reglamentaciones en 2012 y 2022, donde se establecen diversas obligaciones a cargo del empleado, pero en el caso concreto de la desconexión, ésta se plantea con un enfoque sanitario, al señalar que el empleador deberá garantizar el derecho a la desconexión laboral, así como evitar los impactos que se pudieran generar en la salud mental y emocional; así como ordenar evaluaciones médicas periódicas ocupacionales, las cuales podrían realizarse con el uso de telemedicina. El enfoque colombiano del derecho a la desconexión incluye diversas obligaciones a cargo de las Administradoras de riesgos laborales, encaminadas a proteger la salud de los teletrabajadores.

En el caso de Costa Rica se cuenta con una legislación especial del teletrabajo, la Ley 9738 del año 2019, dirigida tanto al sector público como el privado (como en Perú), en donde el derecho a la desconexión sería fuera de la jornada y horario, salvo

casos urgentes, no precisados por la ley; mientras que en Ecuador, al igual que en Chile, se precisa que el tiempo de desconexión deberá ser de al menos doce horas continuas en un periodo de 24 horas; además en Ecuador se hacen algunas precisiones puntuales como conservar los tiempos que ya tenía el trabajador en la modalidad presencial, como la hora de comida, además, en casos de jornadas especiales se plantea una pausa de descanso cada cuatro horas por lo menos.

En Perú la Ley 31572 de 2022 desarrolla el régimen de teletrabajo ampliamente, y reconoce el derecho del teletrabajador a la desconexión digital y la correspondiente obligación del empleador de respetarla durante las horas fuera de la jornada de trabajo y demás periodos de descanso (descanso semanal, vacaciones, licencias, lactancia, permisos). Sin embargo, la ley deja abierta la posibilidad de que el trabajador tuviera que responder comunicaciones u ordenes salvo causa de fuerza mayor o "circunstancias excepcionales", no definidas; así mismo, para la debida observancia del derecho a la desconexión se señala que las autoridades competentes fiscalizarán su cumplimiento. Por su parte en Uruguay se señala que deberá existir una desconexión mínima de 8 horas continuas entre una jornada y la otra, en el entendido de que el teletrabajador podrá distribuir libremente sus horarios, según le convenga. En el contrato correspondiente, se podrán precisar los tiempos de descanso (intermedio, entre jornadas y semanal), así como la desconexión.

c) Los retos

El desarrollo del marco jurídico del teletrabajo y en particular del derecho a la desconexión, se encuentra aún, desde nuestro punto de vista, en construcción; sin embargo, en este camino se han planteado algunos debates y retos que tienen que ver con sus elementos y estructura, así como la importancia que en cada país se le ha dado a estos temas, algunos de ellos son los siguientes:

c.1 Privacidad

Desde hace muchos años el Derecho del trabajo ha intentado proteger la privacidad de los trabajadores con motivo de la relación de trabajo; sin embargo, la irrupción de las nuevas tecnologías le dio otro sentido a este derecho ya que, en formas novedosas y discretas los espacios privados del trabador se verían invadidos mediante el uso de herramientas tecnológicas; de tal manera que hoy en día se impone la necesidad de contar con una renovada visión sobre el derecho a la privacidad de los

trabajadores. Si bien ya en algunos casos como Perú la legislación reconoce expresamente, en materia de teletrabajo, como un derecho a la intimidad y privacidad, así como la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados del teletrabajador; y en casos como Argentina se sugiere que el tema sea abordado con la participación de los sindicatos.

c.2 Acoso laboral

En buena parte de las legislaciones se define al acoso laboral como una conducta a la que pueden estar expuestos los trabajadores, con motivo de su trabajo; en ese sentido, la invasión de los tiempos de actividad o de descanso del trabajador por exigencias de mantenerse a la disposición de la empresa, con el uso de medios digitales, podría ser considerado como una forma de acoso ahora digital o en línea. Si bien en algunos casos el tema empieza a ser tratado jurídicamente, resta mucho por hacer. En Perú, por ejemplo, la ley correspondiente establece que, si hay manifestaciones sobre hostigamiento sexual en teletrabajo, estos casos se sujetarán a la legislación específica correspondiente (Ley 27942).

El abordaje jurídico del acoso laboral en el entorno del teletrabajo oscila hoy entre la necesidad de respetar la privacidad de las comunicaciones y mensajes por medios electrónicos y digitales, entre un empleador y un trabajador (a) y, por otra parte, la necesidad de que esos mensajes respeten a la persona trabajadora.

c.3 Tipos de desconexión

En muchos países se ha reconocido el derecho a pausas de descanso durante su jornada; esto significa que durante ese tiempo el trabajador no debe estar a la disposición del empleador y, en consecuencia, puede hacer uso de su tiempo como mejor le parezca; en este primer escenario, la desconexión significaría que durante esas pausas dentro de la misma jornada estamos frente a una desconexión interna, mientras que la desconexión externa sería aquella que se presenta durante el tiempo más prolongado entre jornadas y al termino de ellas, fines de semana o vacaciones, por ejemplo. Esta distinción necesaria, si bien se hace en la mayoría de los países, habría que valorar su reconocimiento legal mas amplio y mas claro, estableciendo hipótesis, efectos y consecuencias, así como los derechos y obligaciones de las partes en esas pausas. En algunos países, el tema se presenta como un espacio en donde la negociación colectiva se ocuparía del tema; sin embargo, en aquellos países en donde

dicha negociación es limitada, por diversas razones, la ley podría suplir esta deficiencia.

c.4 El enfoque de género

En muchas ocasiones el desplazamiento del lugar de trabajo, no releva sobre todo a las trabajadoras de las cargas de trabajo que tienen en su casa; ya que si bien el trabajo a distancia, si se hace desde casa, podría a una persona ayudarle a solventar de mejor manera algunos problemas (transporte, atención de los hijos, etc.); no resuelve totalmente la dificultad de hacer compatibles las actividades personales y familiares con las profesionales, Si bien, en algunos casos como el chileno el código del trabajo presenta avances interesantes en este aspecto, en muchos países el diseño jurídico de la desconexión no considera esta condición del doble trabajo que muchas mujeres tienen que realizar, en el mismo tiempo y en el mismo espacio; en ese sentido, el derecho a la desconexión debiera ser abordado y regulado teniendo en cuenta un enfoque de género.

c.5 Contextos para la desconexión

Existe una amplia diversidad de formas en que hoy se presenta el trabajo, esa diversidad incluye al mismo teletrabajo, de ahí la dificultad de que el derecho a la desconexión se adapte a todas diferentes maneras en que hoy se realiza el trabajo; y esta dificultad tal vez pudiera ser prevista por el legislador para que pudiera haber algún mecanismo de adaptabilidad de este derecho a la desconexión a los diferentes escenarios. En este panorama de complejidades, cabe anotar el caso de Costa Rica en donde, como ya se anotaba, se ha hecho un intento de distinguir diferentes modalidades en que este tipo de trabajo se puede presentar. En algunos casos, esas precisiones y adaptaciones se han dejado en el terreno de la negociación colectiva, lo cual es lo más conveniente en aquellos casos en donde esta posibilidad es real.

c.6 Políticas públicas

El reconocimiento jurídico del teletrabajo y con él del derecho a la desconexión, son solo una de las expresiones de una determinada política pública en un momento y lugar determinado; en ese sentido, es importante también tratar de ver estos temas desde una óptica más amplia en donde se puedan responder preguntas como qué tipo de políticas públicas se han implementado en materia de teletrabajo y derecho a la

desconexión, en la lógica de protección de los trabajadores. Por ejemplo en Uruguay, como en otros países, el fomento del empleo es presentado como uno de los principios rectores del teletrabajo; mientras que en Costa Rica la misma ley señala que las autoridades darán impulso y seguimiento a la política pública de fomento al teletrabajo con base en ciertas directrices, en Perú por su parte, la Ley 31572 que regula el teletrabajo señala, como uno de sus objetivos , promover políticas públicas para garantizar su desarrollo, además que el empleador deberá informar al Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo sobre la cantidad de trabajadores que emplea en esta modalidad e incluye disposiciones para la supervisión de su debido cumplimiento, así como diversos procedimientos y sanciones ante posibles incumplimientos en la materia. Esquemas de vigilancia de este tipo, existen en los países de la región, como en Colombia y México, en atención, básicamente, a que se trata de una de las competencias tradicionales de los ministerios de trabajo. En el caso de Colombia el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, desarrolla un programa para impulsar y promover el teletrabajo; cabe recordar que, en este caso, desde el año 2008 en que se promulga la legislación correspondiente, ya se señalaba que diversas dependencias públicas estarían involucradas en el fomento a este tipo de empleo. En algunos casos excepcionales como el Perú, el teletrabajo es presentado como parte de una política pública dirigida en favor de la población vulnerable entre la cual estarían, entre otros, personas en situación de discapacidad, gestantes, en periodo de lactancia, al cuidado de niños, adultos mayores, con familiares en estado grave o terminal. Este enfoque dirigido a centrar la atención del teletrabajo en el caso de grupos vulnerables ya había sido planteado en Colombia desde el principio de siglo, con lo que en este y otros temas, aparece como un modelo que inspiro a varios países de la región en los últimos años. En el caso de Chile se ha mencionado que uno de los objetivos de la Ley de Conciliación de la vida personal, familiar y laboral, es fomentar el trabajo de mujeres y su incorporación al mercado formal, proponiendo diversas medidas para que puedan atender sus obligaciones laborales con sus tareas familiares.

Como puede verse el reconocimiento del teletrabajo y del derecho a la desconexión pasan también por una política pública que los impulse, pero sobre todo que busque que efectivamente se cumplan y respeten las normas y reglas que los regulan, de ahí la necesidad de avanzar en el terreno del derecho administrativo del trabajo para depurar las acciones y mecanismos los garanticen.

Conclusiones

Como ya se anotaba el Derecho del trabajo es, por naturaleza, dinámico y hoy asistimos a una etapa en donde ese dinamismo esta marcado por la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y comunicación; de tal manera que esta rama del derecho enfrenta el reto de ser adaptada en varias de sus instituciones centrales y capítulos a esa nueva realidad; y es así como en ese propósito muchos países están haciendo un esfuerzo para regular las nuevas realidades laborales: El teletrabajo y el derecho a la desconexión, son muestra de esos esfuerzos en donde las normas no acaban por reflejar plenamente los nuevos escenarios en los cuales los trabajadores prestan sus servicios.

El aumento de teletrabajo se dio en buena medida en el contexto de la pandemia de covid -19; sin embargo, en muchos países los teletrabajadores han disminuido o las cifras se han estabilizado, y una explicación posible es que la regulación de estas formas de trabajar son más estrictas e incluso inhibitorias de su fomento; en ese sentido, habrá que acudir a la creatividad para encontrar modelos de regulación que combinen el necesario respeto y protección de los trabajadores con la protección del empleo que, para muchas personas, han encontrado en el teletrabajo una forma que se adapta a sus necesidades.

Nos encontramos en la ruta de construcción de lo que se ha dado en llamar los nuevos derechos laborales digitales, como una nueva generación de derechos, y en ese camino tenemos el gran reto de pensar, como ya se anotaba, los tradicionales derechos de los trabajadores en un nuevo contexto, pero también necesitamos asumir como principio de los cambios normativos, la ruptura de los viejos paradigmas y pensar el Derecho del trabajo a partir de nuevos conceptos.

Bibliografía

Naranjo Colorado L.D. “Vicisitudes del nuevo derecho a la desconexión digital: un análisis desde la base del derecho laboral”, Saber y Ciencia, vol. 12, no.2, julio-diciembre 2017, Universidad Libre, sede Cartagena, Colombia, p. 51, en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6556861

Fernández Tapia J. y Bravo Salazar R.G. “El teletrabajo en América Latina: derecho de segunda y cuarta generación y de ciudadanía digital. Crítica y Resistencias, Revista de conflictos sociales latinoamericanos, no.9, Fundación el Llano, Centro de Estudios Políticos y Sociales de América Latina (CEPSAL). En: https://www.criticayresistencias.com.ar/revista/article/view/118/110

Rostro J.L, López Serrano E. Derecho laboral, sindicalismo y nuevas tecnologías, Tirant lo blanch, México 2022.

Villasmil H., Bueno C., Montt G. Lineamientos para la regulación del trabajo a distancia y el teletrabajo, Nota informativa OIT: en: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40americas/%40ro-lima/%40sro-santiago/documents/publication/wcms_825183.pdf

Direito à greve: um direito fundamental no contexto internacional?

Derecho de huelga: ¿un derecho fundamental en el contexto internacional?

La inclusión del Derecho de Huelga en el Convenio 87 de la OIT.

¿Es un Derecho Fundamental?

¿No es parte de la Autonomía de los Estados su reglamentación y regulación?

Tomas Hector Natividad Sánchez[415]

Actualmente el tema está en proceso la opinión consultiva ante la Corte Internacional de Justicia.

En su resolución, el Consejo de Administración de la OIT afirma que:

Es "consciente de que existen situaciones graves y desacuerdo persistente" entre los mandantes tripartitos de la organización sobre la interpretación del Convenio y decide, de conformidad con el artículo 37, párrafo 1, de la Constitución de la OIT, "solicitar a la Corte Internacional de Justicia que emita urgentemente una opinión consultiva en virtud del artículo 65, párrafo 1, del Estatuto de la Corte, y en virtud del artículo 103 del Reglamento de la Corte, sobre la siguiente cuestión:

¿Está protegido el derecho de huelga de los trabajadores y sus organizaciones? bajo la Libertad de Asociación y Protección del Derecho de Sindicación Convenio de 1948 (núm. 87)?"

El 16 de noviembre de 2023, el Tribunal dictó Auto de ordenación del procedimiento, en el que fijó el 16 de mayo de 2024 como plazo para la presentación de declaraciones escritas y el 16 de septiembre de 2024 como plazo para la presentación de observaciones escritas sobre dichas declaraciones.

[415] Presidente da Sociedad Mexicana de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, México.

En total, se presentaron 31 declaraciones escritas en el Registro. Que deberemos esperar a su resolución para poder opinar.

Fuente: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/191/191-20241001-pre-01-00-en.pdf

La disputa por el derecho a la huelga la llevaron oficialmente en 2012 los representantes de los empleadores. Desde entonces la OIT ha tratado mediante diálogos de acabar con la controversia.

El 10 de noviembre de 2023, el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su 349 período de sesiones (extraordinario) bis, adoptó una resolución sobre la interpretación de la libertad de Convenio sobre asociación y protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) con respecto al derecho de huelga, solicitando opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia.

A. México emitió ante la Corte su opinión al respecto.

"En relación con el derecho de huelga, el 16 de mayo, México remitió a la CIJ sus observaciones sobre este derecho social fundamental en la historia de nuestro país, principalmente como un pilar para la negociación colectiva en el ámbito laboral.

La participación del Estado mexicano en las discusiones sobre este tema resalta su compromiso con los derechos laborales y con la promoción de un ambiente de trabajo justo y equitativo en todo el mundo.

Fuente: https://www.gob.mx/sre/prensa/mexico-participa-en-procesos-consultivos-ante-la-corte-internacional-de-justicia

El Convenio de la OIT sobre la libertad sindical (asociación) y protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) del 09 de julio de 1948Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, contiene los siguientes lineamientos:

Libertad Sindical

Todo Miembro de la OIT se obliga a poner en práctica las disposiciones siguientes.

• Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

▪ Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.

▪ Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

▪ Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.

▪ Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores.

▪ La adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones del Convenio.

▪ Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad.

▪ La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el Convenio.

▪ El término *organización* significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores.

▪ Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación.

Otero aspecto que debe considerarse es el Convenio sobre sobre el derecho de sindicación y contratación colectiva, 1949 (núm. 98) contiene los siguientes lineamientos:

La Conferencia General de la OIT el 8 junio 1949 en su trigésima segunda reunión, adopto diversas proposiciones relativas a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, se adopta, con fecha 1 de julio 1949 y que se conoce como:

Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949:

- Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.
- Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: (a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; (b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.
- Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.
- Se consideran actos de injerencia, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores.
- Deberán crearse organismos adecuados a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para garantizar el respeto al derecho de sindicación definido en los artículos precedentes.

- Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.
- La legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en lo que se refiere a su aplicación a las fuerzas armadas y a la policía.
- El Convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto.
- Entro en vigor doce meses después de la fecha en que fue aprobado por el Senado Mexicano el 20 de septiembre de 2018, sin modificaciones.

- podrá ser denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor.

Analizado lo anterior, que son los dos Convenios de la OIT que se refieren a los derechos de:

A. Libertad Sindical:
    a. trabajadores y empleadores, sin distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la condición de observar los estatutos de las mismas.
    b. Derecho a redactar sus estatutos y reglamentos administrativos; elegir libremente sus representantes, organizar su administración y sus actividades y el formular su programa de acción.
    c. Las Autoridad pública deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.
    d. Las organizaciones no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.

B. Derecho de sindicación y de negociación colectiva:

a. Los trabajadores deben gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.
b. Deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:
   (a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;
   (b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.
c. Las organizaciones, trabajadores y empleadores deben gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.
d. Actos de injerencia: las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores.
e. Deben crearse organismos adecuados a las condiciones nacionales, cuando sea necesario, para garantizar el respeto al derecho de sindicación.
f. Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

Ninguno de estos derechos analizados, se refiere a el llamado Derecho de Huelga, que en Mexico, con la Contratación Colectiva y la sindicalización pueden ser sometidos a la calificación de Derechos Humanos.

Cada País a regulado este derecho como lo han permitido las condiciones Nacionales que en Mexico nos llevaron a enfrentar el derecho de Huelga más agresivo

de todos los Países de la OCDE y genero excesos y abusos de organizaciones Sindicales que lucraban por el no ejercicio de este.

En nuestro País desde 1931 hasta 2019 (88 años) y aun después, la huelga que es patrimonio exclusivo de las organizaciones sindicales debidamente registradas, solo se anunciaba; se señalaba el objeto legal de la misma (Conseguir el equilibrio entre los factores de la producción Capital y Trabajo; obtener la firma de Contrato Colectivo de Trabajo y exigir su revisión; obtener la firma de los llamados Contratos Ley y exigir su revisión; exigir el cumplimiento del Contrato Colectivo o del contrato Ley si se hubieren violado; exigir el cumplimiento de las disposiciones sobre la Participación de Utilidades (solo las de naturaleza colectiva; Apoyar una huelga de las anteriores (huelga de solidaridad, huelga política) y Exigir la revisión de los salarios contractuales en el año intermedio de la duración de dos de los contratos colectivos.

Se llevaba a cabo como la suspensión legal de las relaciones de trabajo y de todos sus efectos y esta no podría ser sometida a calificación o valoración de: a) objeto legal; b) tiempo de la pre-huelga (6 a 10 días) previos a la notificación o aviso y mayoría de la voluntad de los trabajadores,, pero esta nunca antes de la suspensión de labores, es decir un derecho revolucionario en el que primero se fusila (cierre de las actividades de la empresa) y luego se investiga el Fondo, la Forma y la Mayoría de los trabajadores afectados y menos de daño que se hace al Empleador.

Algunos cambios se llevaron a cabo en la reforma a la legislación de la Ley del Trabajo de 2019, que concreto la Reforma Constitucional de 2017. Sin embargo el sistema funciono y dio al País una Paz Laboral que permitió al País desarrollarse como una de las primeras economías del Mundo en donde deberíamos haber alcanzado el 6° u 8° lugar, aunque ya estamos en dos dígitos en el 12°.

También permitió al País la firma de los Tratados Internacionales desde 1988 el TLCAN, Estados Unidos, Mexico y Canadá y el USMCA del 31 de octubre de 2023 que nosotros lo llamamos T MEC. Mexico tiene firmados 12 Tratados Internacionales y dentro de ellos con la Unión Europea y el llamado Trans Pacifico.

Sin embargo nunca se le dio tramite, ni ahora se le da tramite a reclamaciones de huelga injustificadas o de daños y perjuicios que se ocasionan por el paro ilegal, sin objeto, formalidades y mayoría de trabajadores.

Por ello no tiene absolutamente nada cercano a los derechos humanos que en nuestro país están debidamente reglamentados y protegidos, desde la constitución y su ley reglamentaria.

Sin embargo analicemos los cuestionamientos de la Ponencia:

A. La Huelga ¿Es un Derecho Fundamental?

> *En la opinión del ponente, no lo es, es una vía procesal que depende de la reglamentación de cada País y como tal, puede o no ser utilizada por la Organización Sindical que la utilice.*
>
> *Sin embargo existen otras vías que en la historia de esta medida han funcionado mejor: el dialogo incluyente que atienda a las necesidades de las personas empleadas y considere los demás valores involucrados en la relación laboral.*
>
> *No hay personal empleado sin empresa, ni empresario sin personal empleado.*
>
> *Ahora las nuevas generaciones exigen la inclusión de otros valores como son la comunidad, la familia, el medio ambiente, el respeto a los derechos derivados de la diversidad y la igualdad de género. En general al equilibrio entre os factores de la producción y la justicia social así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales.*
>
> *Sin duda el organismo sindical que no respeta estos cambios tiende a desaparecer y esta desapareciendo del mundo laboral.*

II. ¿No es parte de la Autonomía de los Estados su reglamentación y regulación?

> *En la opinión del ponente, la huelga depende de la Autonomía de Cada Estado y solo a él compete su reglamentación o regulación.*

Así ha sido y debe seguir así reglamentada, ya que depende de la cultura de cada País y de la dureza que el mismo quiera imponer a esta vía procesal y derecho colectivo, no derecho humano.

Su reglamentación con otros alcances tendría que ir ligada a la reglamentación de los derechos de propiedad y de administración de cada empleador y a responsabilidades especificas y penas incluso penales y económicas por el daño que un movimiento sin control ni apoyo del personal empleado, ocasionaría a los demás empleados y a la propia fuente de trabajo.

HUELGA, como lo dice el Diccionario de la Real Academia es de holgar; interrupción colectiva de la actividad laboral por parte de los trabajadores con el fin de revindicar ciertas condiciones o manifestar una protesta. Huelga Ferroviaria, Huelga indefinida; Paro, interrupción, cese, detención inactividad, reivindicación; Tiempo en que alguien está sin trabajar.

Analicemos ahora algo sobre los Límites de la Libertad Sindical, ligados a los citados Tratados 87 y 98 de la OIT y su reglamentación vigente en México, ya que ratificados por el Senado de la Republica se constituyen el Ley Suprema del País, solo debajo de la Constitución Política.

El artículo 133 Constitucional determina que:

Esta constitución, las leyes del congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán Ley Suprema de toda la Unión. Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados, a pesar de disposición en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.

La interpretación que realizan los órganos de aplicación de la legislación en cada País se traduce en actos o acciones que imponen deberes o confieren facultades.

"La interpretación [positiva] es como decía H Kelsen, un proceso intelectual que acompaña necesariamente el proceso de aplicación del derecho.

La interpretación jurídica, constituye la parte su parte más importante y fundamental de la ciencia jurídica; no es sólo un tema central de la ciencia del derecho su especial relevancia reside en que ella designa habitualmente el cómo pensar y actuar en derecho.

El derecho positivo vigente, es como cualquier otro lenguaje, susceptible de interpretación; para dotarlo de significado; cualquiera que otorgue cierto significado al discurso jurídico lo interpreta.

La interpretación que permite la aplicación del derecho es parte de la experiencia jurídica; son actos de creación (modificación) del derecho. Los materiales jurídicos que han de aplicarse (leyes, tratados, constituciones), siempre reciben de parte del órgano aplicador cierta interpretación; pero al decidir el significado del lenguaje jurídico dado, decide, a su vez, el curso de la creación y aplicación subsecuente del derecho.

Definiciones:

> *Límite. - (Del latín limes, -itis). Término, confín o lindero de reinos, provincias, posesiones, etc. // Se usa invariablemente en aposición en casos como dimensiones LIMITE, situación*
>
> *Libertad. - (Del latín libertas) Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar por lo que es responsable de sus actos. Falta de sujeción y subordinación//. Facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas, de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres// Prerrogativa, privilegio, licencia. // Condición de las personas por su estado no obligadas al cumplimiento de ciertos deberes. / Desenfrenada contravención de las leyes y buenas costumbres.*
>
> *Sindical. - Perteneciente o relativo al sindicalismo. // Perteneciente o relativo sindicato.*
>
> *Libertad de Asociación. - Es el derecho de toda persona a asociarse con otras para la consecución de ciertos fines, la realización de determinadas actividades o la protección de sus intereses comunes.*

Libre sindicalización. A nadie se le puede obligar a formar parte de un sindicato o a no formar parte de él. Cualquier estipulación que establezca una multa convencional en caso de separación del sindicato, o que se desvirtúe de algún modo la libertad sindical, se tendrá por no puesta.

La Organización Internacional del Trabajo OIT creada en 1919, su constitución original fue incluida en el Tratado de Versalles del que es la parte XIII, firmado poco después de la primera guerra mundial: esta característica no es solo de interés histórico: incluso en la actualidad cualquier Estado que acepte ser miembro de la OIT asume obligaciones internaciones análogas a las que se crean en virtud de un tratado. Esto tiene consecuencias importantes respecto de la acción de la OIT en lo que concierne a las cuestiones relativas a la libertad sindical y a los convenios internacionales del trabajo sobre esa materia.

Otra característica de la OIT es su estructura tripartita, que la diferencia de las demás organizaciones internacionales intergubernamentales, pues es la única institución en la que los representantes de trabajadores y de empleadores tienen el derecho, e incluso la obligación, de participar en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos en todas las discusiones y decisiones de los órganos deliberativos. La organización comprende dos órganos de esa índole: La conferencia Internacional del Trabajo y el Consejo de Administración de la oficina Internacional del Trabajo.

La Conferencia Internacional Del Trabajo, es el órgano supremo de la OIT, que se reúne cada año.

Adopta convenios y recomendaciones internacionales del trabajo en los que se establecen las normas pertinentes, y resoluciones de los que se formulan pautas de política general.

Finalmente algunos señalamientos sobre los Derechos Humanos, que se entienden como:

1) Conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente.

2) Los derechos humanos, en su problemática filosófica, religiosa, política y social, han sido una preocupación desde tiempos remotos en el devenir histórico de la humanidad, su reconocimiento jurídico constituye un fenómeno relativamente más reciente, producto de un lento y penoso proceso de formulación normativa que ha atravesado por diversas etapas.
3) Inquietudes metajurídicas las encontramos en antecedentes remotos tales como los Diez Mandamientos de Moisés, el Código de Hammurabi y las Leyes de Solón.
4) A partir de 1917, con la promulgación de la Constitución Mexicana, arrancaría la etapa actual de la evolución de los derechos humanos, la cual es, por un lado, la de la reivindicación de los derechos sociales, lato sensu, y de su consagración constitucional, y, por el otro, la de la internacionalización, a partir de 1945, tanto de los derechos civiles y políticos tradicionales como de los derechos económicos, sociales y culturales, de más reciente reivindicación.
5) La concepción de los derechos humanos ha conocido varias etapas. Así, el concepto de los derechos humanos fue en su origen un concepto político que se traducía en el respeto por parte del Estado de una esfera de libertad y autonomía de la persona humana.
6) En la etapa siguiente, el hombre no está opuesto ya al Estado, sino que participa en la estructuración política de la sociedad a que pertenece, ejerciendo sus derechos políticos dentro del Estado.
7) Finalmente la aparición de la noción de derechos económicos, sociales y culturales formando una categoría distinta, es un fenómeno más reciente. El goce efectivo de estos derechos debe ser asegurado por el Estado o por su intermediación.
8) El papel del Estado en materia de derechos humanos, por lo tanto, también ha evolucionado considerablemente; y hay que percatarse bien que esta ampliación de su función no se refiere solamente a los derechos económicos, sociales y culturales, sino al conjunto de los derechos humanos, en la medida en que los poderes públicos tienen también el deber de asegurar los derechos civiles y políticos contra todo ataque o conculcación por parte de aquellos sectores sociales que disponen de un mayor poder económico, tecnológico o científico.

9) Desde el punto de vista del objeto y contenido de los derechos humanos, éstos comprenden tres grandes tipos o grupos de derechos expresa y generalmente reconocidos por las constituciones de la gran mayoría de países, así como por los más importantes instrumentos internacionales de carácter general sobre la materia. Tales grupos son: uno, los derechos civiles; dos, los derechos políticos; y, tres, los derechos económicos, sociales y culturales.

Para concluir aporto a este Congreso, un análisis del Derecho de Huelga en nuestro País, que lo hace más fácil de entender en forma objetiva:

- Es uno de los derechos colectivos más protegidos en la Ley, que con el derecho a la sindicalización y el contrato colectivo de trabajo son los pilares del mismo.
- Su reglamentación es una de las más agresivas de todos los Países de la OCDE (Derecho revolucionario, primero fusílenlos luego averiguamos)
- Las reformas a la Legislación Laboral desde el 2012 2017 a la fecha solo intentaron suavizarla.
- Se incluye dentro de la definición que se incorporó de los principios de la OIT, como parte del trabajo Digno el respeto al derecho de huelga (art. 2 LFT)
- El art. 4 de la Ley Reglamentaria ratifica la libertad de ocupación que establece el artículo 5 Constitucional y determina que no podrá impedírsele el trabajo a ninguna persona, ni que se dedique a la profesión, industria o comercio que le acomode, siendo lícitos.
- El ejercicio de estos derechos solo podrá vedarse por resolución de Autoridad competente cuando se ataquen los derechos de tercero o se ofendan los de la sociedad y se especifica que ello pasa a) cuando declarada una huelga se trate de sustituir o se sustituya a los huelguistas en el trabajo o b) cuando declarada una huelga por la mayoría de los trabajadores la minoría pretenda reanudar sus labores o siga trabajando.
- La Huelga es la suspensión temporal del trabajo llevada a cabo por una coalición de trabajadores, que de acuerdo a nuestro derecho positivo es de duración y naturaleza temporal.
- El sindicato de trabajadores para estos efectos es una coalición permanente.
- Es causa legal de suspensión de los efectos de las relaciones de trabajo por todo el tiempo que dura.

- ❖ Debe limitarse al mero acto de la suspensión del trabajo. En Mexico no existe la huelga activa o simbólica a se suspenden as labores en la empresa o no existe huelga.
- ❖ Puede abarcar a una empresa o a uno o varios de sus establecimientos. (posibilidad de diversos Contratos colectivos de trabajo en una misma entidad empresarial.
- ❖ Las autoridades deben respetar el derecho de huelga y dar garantías a los trabajadores y prestarles el auxilio que soliciten para suspender las labores.

Para suspender las labores solo se requiere:

- Invocar un Objeto legal.
- Mayoría de trabajadores, pero nunca de la suspensión de los trabajos; y
- Cumplir con los Requisitos formales.

La Huelga solo puede ser calificada como:

- Legalmente Existente
- Legalmente Inexistente
- Lícita o ilícita
- Justificada o injustificada
- Imputable al patrón, o
- No imputable al patrón

Objetos legales:

i. Conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital;
ii. Obtener del patrón o patrones la celebración del contrato colectivo de trabajo y exigir su revisión al terminar el período de su vigencia;
iii. Obtener de los patrones la celebración del Contrato-Ley y exigir su revisión al terminar el período de su vigencia.
iv. Exigir el cumplimiento del contrato colectivo de trabajo o del Contrato-Ley en las empresas o establecimientos en que hubiese sido violado;
v. Exigir el cumplimiento de las disposiciones legales sobre participación de utilidades; y

vi. Apoyar una huelga que tenga por objeto alguno de los enumerados en las fracciones anteriores (*solidaridad, huelga política no ajustada al principio constitucional, que en nuestra historia se ha utilizado pocas veces)*-.

vii. Exigir la revisión de los salarios contractuales, (salario en efectivo por cuota diaria).

Aviso de suspensión

- Debe dirigirse por escrito al patrón.
- Contener peticiones.
- Anunciar el propósito de ir a la huelga si no son satisfechas.
- Precisar el objeto de la misma.
- Señalar día y hora en que se suspenderán las labores, o el término de prehuelga.
- Presentar por duplicado ante el Tribunal Competente o Autoridad del Trabajo o Autoridad Política de mayor jerarquía del lugar de ubicación de la empresa.

Aviso de Suspensión de labores

- Debe ser por lo menos 6 días antes de la fecha de suspensión y 10 días antes en caso servicios públicos.
- Servicios públicos para efectos de huelga
  - Comunicaciones y transportes;
  - Luz y energía eléctrica;
  - Limpia;
  - Aprovechamiento y distribución de aguas destinadas al servicio de las poblaciones;
  - Gas;
  - Sanitarios;
  - Hospitales;
  - Cementerios;
  - Alimentación. Artículos de primera necesidad, siempre que se afecte una rama completa del servicio.
  - Universidades.
- El término cuenta desde el día y hora en que el patrón quede notificado.

Efectos del emplazamiento notificado

- El Tribunal o la Autoridad que lo reciba, bajo su más estricta responsabilidad harán llegar al patrón la copia del escrito de emplazamiento dentro de las 48 horas siguientes a su recibo.
- Constituye al patrón en depositario de la empresa con las atribuciones y responsabilidades inherentes al cargo. (Disminución al derecho de propiedad, ya que el depositario no es dueño.
- A partir de la notificación debe suspenderse toda ejecución de sentencia y no puede practicarse embargo, aseguramiento, diligencia o desahucio en contra de la empresa, ni secuestrar bienes del local en que se encuentren instalados, salvo cuando antes de estallar la huelga se trate de:
    - Asegurar los derechos del trabajador, indemnizaciones, salarios, pensiones y demás prestaciones devengadas, hasta por el importe de dos años de salarios del trabajador.
    - Créditos derivados de la falta de pago de las cuotas al IMSS.
    - Asegurar el cobro de las aportaciones que el patrón tiene obligación de efectuar al INFONAVIT.
    - Créditos fiscales.
- Los derechos de los trabajadores serán siempre preferentes.
- Las actuaciones de excepción no deberán afectar el procedimiento de huelga.

El ejercicio del derecho de huelga suspende la tramitación de los conflictos colectivos de naturaleza económica, pendientes ante el Tribunal, y la de las solicitudes que se presenten, salvo que los trabajadores sometan el conflicto a la decisión del Tribunal, salvo las huelgas por solidaridad o apoyo a otra.

Obligación del patrón (Empleador):
Contestar por escrito ante el Tribunal dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación.

Excepciones:
No se da trámite al emplazamiento de huelga cuando:

- Cuando no reúna los requisitos formales Emplazamiento, peticiones, objeto legal, tiempo pre-huelga.

- Cuando sea presentado por un sindicato que no sea el titular del contrato colectivo de trabajo, o el administrador del Contrato-Ley.
- Cuando se pretenda exigir la firma de un contrato colectivo, no obstante existir ya uno depositado en el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral CFCRL.

El Tribunal, antes de iniciar el trámite de cualquier emplazamiento a huelga, deberá cerciorarse de lo anterior, ordenar la certificación correspondiente y notificar por escrito la resolución al promovente.

Conciliación que se le conoce también como audiencia de Avenencia:

- El Tribunal cita a las partes a una audiencia de conciliación, en donde procurará avenirlas, sin hacer declaración que prejuzgue sobre la Existencia o Inexistencia, Justificación o Injustificación de la Huelga.
- Esta audiencia sólo podrá diferirse a petición del Sindicato o de ambas partes. Antes de la reforma de 2019, solo el Sindicato podía plantearla.
- Si el patrón opone la Excepción de Falta de Personalidad al contestar el pliego de peticiones, el Tribunal resolverá previamente esta situación, si se declara infundada, se continúa la audiencia. Se deben observar las normas relativas al procedimiento conciliatorio ante el Tribunal.
- Si los trabajadores no concurren a la audiencia de conciliación, no correrá el término para la suspensión de las labores. Es decir no pueden estallar el movimiento de huelga.
- El Tribunal podrá emplear los medios de apremio para obligar al patrón a concurrir.
- La celebración de la audiencia de conciliación o la rebeldía del patrón para concurrir, no suspenden los efectos del aviso de huelga dado por el sindicato a la empresa.

Reglas procesales especiales en la huelga

- No son aplicables las reglas generales de notificación y citación.
- Las notificaciones surten efectos desde el día y hora en que quedan hechas.
- Todos los días y horas son hábiles.
- El Tribunal tendrá guardias permanentes para tal efecto.

- ❖ No se admiten más Incidentes que el de falta de personalidad, que podrá promoverse, por el patrón, en el escrito de contestación al emplazamiento, y por los trabajadores, dentro de las 48 horas siguientes a la en que tengan conocimiento de la primera promoción del patrón.
- ❖ No son denunciables los miembros del Tribunal.
- ❖ No puede promoverse cuestión alguna de competencia. Si el Tribunal, una vez hecho el emplazamiento al patrón, observa que el asunto no es de su competencia, hará la declaratoria que corresponda.
- ❖ Los trabajadores, en un término de 24 horas, deben designar el Tribunal competente, a fin de que se le remita el expediente.
- ❖ Las actuaciones conservan su validez, pero el término para la suspensión de labores correrá a partir de la fecha en que el Tribunal designado competente notifique al patrón.

El Tribunal, debe intervenir personalmente en la resolución de:

- a. Falta de personalidad.
- b. Incompetencia.
- c. Casos de excepción en el trámite de emplazamiento.
- d. Trabajos de emergencia.
- e. Terminación de la huelga.
- f. Inexistencia o ilicitud de huelga.

Labores de emergencia en la huelga

Los trabajadores huelguistas deben continuar prestando servicios en:

- ❖ Los buques, aeronaves, trenes, autobuses y demás vehículos de transporte que se encuentren en ruta, conduciéndolos a su punto de destino.
- ❖ En los hospitales, sanatorios, clínicas y demás establecimientos análogos, continuar atendiendo a los pacientes recluidos al momento de suspenderse el trabajo, hasta que puedan ser trasladados a otro establecimiento.

Antes de la suspensión de labores, el Tribunal, con audiencia de las partes, fijará el número indispensable de trabajadores que deberá continuar trabajando para que sigan ejecutándose las labores, cuya suspensión perjudique gravemente la seguridad y

conservación de los locales, maquinaria y materias primas o la reanudación de los trabajos.
Para tal efecto, el Tribunal puede ordenar la práctica de las diligencias convenientes.

Clasificación:

I. Existencia o inexistencia legal de la huelga

- Los trabajadores y los patrones de la empresa afectada, o terceros interesados, podrán solicitar al Tribunal, dentro de las 72 horas siguientes a la suspensión del trabajo, declare la inexistencia de la huelga.

La huelga es Legalmente Inexistente si:

- La suspensión del trabajo se realiza por menos de la mayoría de los trabajadores de la empresa o establecimiento.
- Si no tiene por Objeto uno de los expresamente definidos por la Ley.
- Si no se cumplen los requisitos formales: forma escrita, término, aviso, etc.
- No puede declararse la INEXISTENCIA por causas distintas.
- Si no se solicita la declaración de INEXISTENCIA la huelga será considerada EXISTENTE para todos los efectos legales.

Procedimiento de inexistencia

- La solicitud se presentará por escrito, con copias para las partes. En la misma deben indicarse las causas y fundamentos legales.
- No puede posteriormente aducirse causas distintas.
- El Tribunal notifica y señala fecha de audiencia en la que oirá a las partes y las mismas ofrecerán pruebas, deberá celebrarse dentro de un término no mayor de 5 días.
- Las pruebas deben referirse a las causas de Inexistencia de la solicitud o comprobar su interés cuando sea la solicitud de terceros.
- Procedimiento de inexistencia
- Las pruebas deben rendirse en la misma audiencia y sólo en caso de que no puedan desahogarse en la audiencia, se diferirá su desahogo.
- El Tribunal debe resolver dentro de las 24 horas siguientes.

- El Tribunal resuelve sobre la existencia o inexistencia del estado legal de la huelga.

Si se ofrece la prueba de recuento de los trabajadores

- El ofrecimiento de la prueba debe hacerse en el escrito de solicitud de la inexistencia de la huelga que establece que la huelga es legalmente inexistente si la suspensión del trabajo se realiza por un número de trabajadores menor.
- Únicamente tendrán derecho a votar los trabajadores de la empresa que concurran al recuento;
- Serán considerados trabajadores de la empresa los que hubiesen sido despedidos del trabajo después de la fecha de presentación del escrito de emplazamiento;
- No se computarán los votos de los trabajadores de confianza, ni los de los trabajadores que hayan ingresado al trabajo con posterioridad a la fecha de presentación del escrito de emplazamiento de huelga;
- Se acompañará el listado con los nombres de los trabajadores que serán consultados, para que se le corra traslado con éste a la parte contraria;
- Quien solicita la inexistencia de la huelga, exhibirá en la audiencia de calificación de la huelga el listado con los nombres de los trabajadores que en su opinión tienen derecho a participar en el recuento.
- La audiencia de calificación será diferida a fin de preparar y desahogar la prueba de recuento mediante voto personal, libre, directo y secreto;
- En caso de que de los listados de trabajadores de las partes se advierta que existe coincidencia en los mismos o de que las partes convengan en elaborar uno sólo, el Tribunal lo tomará para que sirva de padrón.
- En caso de existir diferencias, el Tribunal abrirá un incidente en el que las partes deberán ofrecer y rendir las pruebas relacionadas con las objeciones en las 72 horas siguientes, sustanciadas el Juez elaborará el Padrón para el recuento.
- El Tribunal dentro de los 5 días siguientes señalará el lugar, día y hora para el recuento en un plazo no mayor a 10 días (recuento), que podrá prorrogarse. La consulta de los trabajadores se realizará mediante voto personal, libre, directo y secreto

- El día del recuento será el día y hora ordenado con la presencia de las partes con las mamparas necesarias, para el cruce de boletas en secreto y la urna o urnas vacías necesarias.
- Se dotará a cada trabajador con derecho a voto una boleta, ésta no deberá contener dato alguno que permita identificar el folio de la boleta que le fue entregada al trabajador, con la finalidad de asegurar la secrecía del voto;
- La boleta contendrá dos recuadros, uno a favor de la huelga y el otro en contra de la misma.
- Terminada la diligencia, el juez o los funcionarios designados procederán a practicar el escrutinio, abriendo sucesivamente las urnas, extrayendo una a una las boletas de votación y examinándolas para corroborar su autenticidad y exhibiéndolas a la vista de los representantes de las partes y observadores autorizados asistentes.
- Las boletas no cruzadas o marcadas en más de uno de los recuadros o falsas serán nulas;
- Terminado el escrutinio, se procederá al recuento de votos y anunciará en voz alta el resultado, se levantará acta de la misma e invitará a los representantes de las partes que deseen hacerlo, a suscribirla, y
- En caso de actos de presión o intimidación en contra de los trabajadores que tiendan a violentar o impedir su libertad de voto u obstaculizar su ingreso al lugar de la diligencia, el juez o los funcionarios designados solicitarán el auxilio de la fuerza pública y proveerán lo conducente para que el recuento se realice en las condiciones que establece la Ley;
- De presumirse la existencia de algún ilícito penal deberá presentarse la denuncia de hechos ante la autoridad competente.

Si el Tribunal declara la inexistencia legal del estado de huelga

- Fijará a los trabajadores un término de 24 horas para que regresen al trabajo, apercibidos de que de no acatar la resolución (si no regresan) quedarán terminadas las relaciones de trabajo, salvo causa justificada.
- Declara que el patrón no ha incurrido en responsabilidad y que de no presentarse a laborar los trabajadores, quedará en libertad para contratar otros.
- Dictará las medidas que juzgue conveniente para que pueda reanudarse el trabajo.

II. Clasificación: Ilicitud de la huelga

La huelga es ilícita

- Cuando la mayoría de los huelguistas ejecuten actos violentos contra las personas o las propiedades.
- En caso de guerra, cuando los trabajadores pertenezcan a establecimientos o servicios que dependan del Gobierno.
- Si el Tribunal declara que la Huelga es Ilícita, se darán por terminadas las relaciones de trabajo de los huelguistas.
- El procedimiento de clasificación de Ilicitud se tramita igual al de Inexistencia.

III. Imputabilidad o culpa de la huelga

- Los trabajadores pueden solicitar la Imputabilidad de la huelga o someterse a la Decisión del Tribunal.
- El patrón solo podrá ejercer este derecho en caso de que la huelga se extienda por más de 60 días.
- Huelga justificada, es aquella cuyos motivos son imputables al patrón.
- Si el conflicto motivo de la huelga se somete por los trabajadores a la decisión del Tribunal, se seguirá:
  - El procedimiento ordinario; y
  - El procedimiento para conflictos colectivos de naturaleza económica.

Imputabilidad

- Los trabajadores pueden solicitar la Imputabilidad de la huelga o someterse a la Decisión del Tribunal.
- El patrón solo podrá ejercer este derecho en caso de que la huelga se extienda por más de 60 días.
- Huelga justificada, es aquella cuyos motivos son imputables al patrón.
- Si el conflicto motivo de la huelga se somete por los trabajadores a la decisión del Tribunal, se seguirá:
  - A. El procedimiento ordinario; y

- B. El procedimiento para conflictos colectivos de naturaleza económica.

❖ Si el Tribunal declara en la sentencia que los motivos de la huelga son IMPUTABLES al patrón, condenará a éste a:

  - La satisfacción de las peticiones de los trabajadores en cuanto sea procedente.
  - El pago de los salarios correspondientes a los días que hubiese durado la huelga. En ningún caso en las huelgas por solidaridad.

IV. <u>Modalidades en las formalidades si la huelga tiene por objeto la celebración o revisión del Contrato-Ley.</u>

❖ Contrato-Ley es el convenio celebrado entre uno o varios sindicatos y varios patrones, con objeto de establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo en una rama determinada de la industria, y es declarado obligatorio en uno o varios Estados, en una o varias zonas económicas o en todo el territorio nacional (locales o federales).

❖ El emplazamiento debe ser presentado por los sindicatos colegiados, con una copia para cada uno de los patrones emplazados.

❖ Señalar día y hora en que se suspenderán las labores que deberán ser 30 días o más posteriores a la fecha de su presentación ante el Tribunal.

❖ La obligación del Tribunal o Autoridades que reciban el emplazamiento es hacer llegar al patrón copia del emplazamiento en un plazo que se reduce de 48 a 24 horas.

V. <u>Terminación de la huelga</u>

❖ I. Por acuerdo entre las partes (trabajadores huelguistas y los patrones).

❖ II. Si el patrón se allana, en cualquier tiempo, a las peticiones contenidas en el escrito de emplazamiento de huelga y cubre los salarios que hubiesen dejado de percibir los trabajadores.

❖ III. Por Laudo arbitral de la persona o comisión que libremente elijas las partes.

❖ IV. Por Sentencia del Tribunal si los trabajadores huelguistas someten el conflicto a su decisión. Art. 469

El Derecho de Huelga y sus límites: derechos de los No Huelguistas

Saida Quintero Martínez[416]

Resumen: *La presente investigación examina la naturaleza jurídica del Derecho a la Huelga y sus tensiones con los derechos de los "No Huelguistas" -trabajadores, terceros y empleadores-, cuestionando si la Huelga debe considerarse un derecho fundamental o, por el contrario, mantenerse como una garantía accesoria de la asociación sindical. Para ello, se realiza una revisión teórica de la evolución histórica y doctrinal del derecho a la Huelga, se analiza la regulación contenida en los convenios y pronunciamientos de la OIT, y se lleva a cabo un estudio comparado de distintas legislaciones nacionales, siempre bajo las máximas de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad.*

En cuanto a la metodología, el texto combina el análisis doctrinal con la valoración de estándares internacionales y nacionales, incorporando referencias específicas a determinadas intervenciones de la OIT. Esta aproximación comparada permite identificar cómo cada ordenamiento delimita el ejercicio de la Huelga y protege simultáneamente a los No Huelguistas, evaluando herramientas como la votación democrática de la huelga y los mecanismos de sustitución laboral.

Las conclusiones subrayan la necesidad de que cualquier regulación del Derecho a la Huelga incluya mecanismos que garanticen la continuidad laboral y salarial de los No Huelguistas. Finalmente, el artículo aboga por el respeto a la soberanía legislativa de cada Estado, al tiempo que insta a la comunidad internacional a avanzar hacia la definición de estándares mínimos que armonicen la protección del derecho de Huelga con los requerimientos de competitividad económica y la tutela de todos los actores involucrados.

Sumario*: I. Introducción. II. Dificultades en la definición internacional del Derecho a la Huelga y su nivel de protección. A. Naturaleza no fundamental. B. Alcance del Convenio Número 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización. C. Vacío jurídico en el alcance de la definición del Derecho a la huelga. III. Derecho al trabajo versus Derecho de huelga: planteamiento del problema. A. Los trabajadores No Huelguistas. B. Los terceros: prestadores de servicios independientes y otros trabajadores. IV. Estudio de derecho comparado. A. Límites al derecho a la Huelga. B. Protecciones para las No Huelguistas. C. Democracia para la toma de decisiones en materia de Huelga. V. Ponderación y necesidad de proteger el Derecho al Trabajo. A. Huelga parcial como solución: el caso australiano. VI. Conclusiones. A. Protección a la soberanía legislativa en materia de*

[416] Abogada de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho laboral y Relaciones Industriales de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Relaciones Internacionales de la Universidad de Turin en convenio con el centro de estudios Internacionales de la OIT. Experiencia de más de 30 años en asesoría legal laboral. Catedrática, Socia Fundadora de Quintero y Quintero Asesores, Gobernadora del Colegio de Abogados del Trabajo de Colombia, Directora del Área de Derecho Laboral de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario e integrante de la lista de árbitros elegida por la Corte Suprema de Justicia para resolver conflictos colectivos de trabajo.

Derecho a la huelga. B. Importancia de plantear una definición internacional sobre el Derecho a la huelga y su alcance.

I. Introducción

En el marco del estudio internacional sobre el Derecho a la Huelga y su naturaleza jurídica surgen distintas posturas a partir de las cuales se puede dimensionar el impacto que este tiene en la sociedad en que se ejerce.

Una primera discusión es la que, en esencia, tenderá a abordar el IX Congreso Iberoamericano Y Europeo De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social. Esto es, si la evolución histórica del Derecho a la Huelga le ha conducido a adquirir una naturaleza fundamental. Tradicionalmente, se ha entendido que la Huelga no corresponde a un derecho fundamental, sino que, en cambio, se comprende como una facultad o garantía auxiliar a los Derechos de Asociación Sindical y Libertad Sindical (Caicedo Pérez, 2014). A juicio de la autora, esta postura resulta apropiada y, en procura del justo orden social y laboral, debe mantenerse.

El debate entorno a la naturaleza jurídica del Derecho a la Huelga no es menor; de él se desprenden comprensiones esenciales que permiten caracterizarlo y delimitarlo. Corolario de esto, es lógico pensar que, si consideramos la Huelga como una garantía fundamental, entonces su marco de acción y ejercicio tendrá que ser mayor, y, por el contrario, sus límites tendrán que ceder y reducirse cada vez más.

Evidentemente, existen riesgos asociados con la interpretación tanto excesivamente extensiva como restrictiva de los derechos. Esto, pues las tensiones entre la Huelga y los demás derechos deben resolverse, jurídicamente hablando, con base en las máximas de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Es con dicho espíritu que el presente texto académico abordará, precisamente, las tensiones que surgen entre el Derecho a la Huelga y los derechos de los llamados "No Huelguistas"; esto es, trabajadores, terceros y empleadores que se ven afectados por el ejercicio de la Huelga y que, en justicia, merecen la consideración y ponderación de sus propias garantías mínimas. Para la autora, entonces, será básico partir de la ya anunciada mirada tradicional al Derecho de Huelga, extensivo del Derecho de Asociación y como tal, limitado por las leyes, los principios internacionales del Derecho Laboral y el Derecho Laboral Colectivo.

El reto para la academia del mundo laboral al cual pretende aportar este escrito es determinar cuáles son los límites razonables al Derecho de Huelga que permitan

resolver justamente las tensiones entre los derechos de los huelguistas y los de los no huelguistas. Así lo ha establecido, en términos de principio, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT):

> *Dichos límites pueden imponerse mediante la promulgación de nuevas leyes que restrinjan específicamente el derecho de [Huelga] o mediante decisiones discrecionales para hacer cumplir leyes preexistentes. La jurisprudencia internacional y las decisiones de la OIT han demostrado que los derechos a la libertad de reunión y de asociación no son absolutos, pero cualquier limitación no debe ser arbitraria ni menoscabar o destruir la 'esencia' de los derechos. (Appleby contra el Reino Unido, en los [47]-[48]; Compilación de la OIT 2018, [216], [219]).*

Para tal fin, a continuación, se realizará una aproximación teórica al Derecho de Huelga, con especial énfasis en sus dificultades interpretativas y controversias relacionadas. También se estudiará el alcance de este a la luz de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y las distintas legislaciones nacionales. Finalmente, se realizará un estudio comparado entre los límites al Derecho en cuestión en distintos ordenamientos jurídicos, así como a las protecciones para trabajadores no huelguistas, terceros y empleadores, para concluir con el planteamiento de modelos jurídicos que puedan zanjar parcialmente la discusión sobre la Huelga, su garantía y restricción. Todo ello, con un enfoque en la práctica y la aplicación real de las normas.

II. Dificultades en la definición internacional del Derecho a la huelga y su nivel de protección

Una primera dificultad práctica alrededor de la delimitación del Derecho a la Huelga tiene que ver con la definición, y por ende alcance, que este tiene dependiendo de la legislación en que se analice.

Por ejemplo, dependiendo del ordenamiento jurídico y político, la influencia del Estado en la regulación de la huelga será mayor o menor. Lógicamente, en estados con fuerte intervención pública en la negociación colectiva, la huelga está mayormente regulada y delimitada. Así mismo, en estados con mayor reconocimiento a la autonomía sindical, el control y los límites de la Huelga dependerá más de las propias organizaciones sindicales. En ese sentido, la discusión sobre la Libertad Sindical y sus restricciones serán la columna vertebral de las medidas, a su vez restrictivas, del Derecho de Huelga. Según Caicedo Pérez (2014):

La Libertad Sindical se considera un derecho fundamental mientras el derecho a la huelga no, estando con ello en sentido contrario a la lógica teoría de la consubstancialidad ya que la huelga, la negociación colectiva y el derecho de asociación sindical son inherentes a la Libertad Sindical donde se integran como uno solo. Esta fue la forma forzada, pero inteligente que encontró el Estado para poder restringir o limitar este derecho.

Una primera conclusión relevante entonces será que los límites a la Huelga no son asunto de definición universal, sino que dependerá de la idiosincrasia social y jurídica de cada Estado, y su interés, político también, de restringir o no la Autonomía y la Libertad Sindical. Así, no se puede perder de vista que el objetivo de la Huelga como Derecho conexo o derivado tiene que ver con garantizar los fines esenciales de las organizaciones sindicales y, en últimas, los intereses colectivos de los trabajadores en el marco de una negociación (Quintero, 2023).

Naturaleza no fundamental.

Si bien, como se ha establecido, comúnmente se considera que la Huelga no corresponde a un Derecho Fundamental, vale la pena reiterar que según el ordenamiento jurídico este tendrá un grado mayor de protección según su origen y fundamento. Para determinar cuáles deben ser las mínimas limitaciones a la Huelga en el contexto internacional, se expondrán las principales formas en que se consagra la Huelga, de la siguiente manera.

En algunos estados, la Huelga tiene un fundamento constitucional directo. Por ejemplo, en las constituciones de Argentina y Hungría se prevé como derecho expresamente prohijado. En otros ordenamientos, la Huelga es una garantía implícita dentro del Derecho de Libertad Sindical -como es el caso de Austria, Australia e Irlanda-. Finalmente, en jurisdicciones más restrictivas, como Alemania o los Estados Unidos, la Huelga no está contemplada como un derecho, sino que se considera una garantía permitida en el marco de la negociación colectiva (Wass, 2013).

Otro factor para considerar es en quién recae la titularidad del Derecho a la Huelga. En las legislaciones italiana, irlandesa y finlandesa la Huelga tiene una dimensión dentro del Derecho Individual; así, cualquier trabajador puede ser parte de una huelga -incluso sin encontrarse sindicalizado o en el marco de una negociación

colectiva-. En países como Estados Unidos, Chile o Japón, en cambio, la Huelga se limita a los trabajadores dentro de la negociación colectiva (Wass, 2013).

Existirá, lógicamente en los primeros casos, mayor riesgo para los trabajadores no sindicalizados o no huelguistas. Justamente en esa discusión entrará, más adelante, el presente texto. ¿Cuál es la alteración contractual justa para los No Huelguistas en el marco de una Huelga? ¿Deben prevalecer sus derechos laborales, por ejemplo, al salario, incluso si la Huelga es declarada válidamente por sus colegas?

Sobre los derechos en conflicto, quizá el más esencial es el propio Derecho al Trabajo (ONU, 1948). El artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra, entre otros, el derecho a la libre elección del trabajo y a la libre asociación -lo que incluye su aspecto negativo; es decir la libertad para no asociarse-. ¿No vulneran entonces las huelgas forzadas, totales u obligatorias esta garantía?

Alcance del Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización.

La discusión previamente planteada presenta un problema mayor, pues las más recientes interpretaciones de la OIT y sus órganos integradores han tendido a dejar de lado los intereses de los No Huelguistas y los terceros afectados por el ejercicio del Derecho a la Huelga. Según Carlos Molina, el fundamento de dicha postura se basa en el Convenio 87 de la OIT (Ámbito Jurídico, 2024):

> *La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, CEACR sostiene, desde hace más de 50 años, que, pese a la ausencia de normas específicas, el derecho de huelga "se deduce" del Convenio 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, y ha emitido doctrina y directrices sobre la huelga en sus informes y recomendaciones para los países miembros. Esta postura ha sido rechazada por (los representantes de los empleadores) y algunos gobiernos, lo que ha llevado a una grave crisis para el sistema de control de la OIT.*

Lo anterior es especialmente relevante para definir el alcance de la Huelga. Pues, si como parece considerar la Comisión de Expertos, se trata de una garantía fundamental, entonces cesarán varias de las protecciones a los No Huelguistas. Actualmente, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) se encuentra preparando una opinión consultiva sobre la interpretación del Convenio 87, en lo concerniente al

Derecho de Huelga, por solicitud de empleadores y 36 gobiernos del mundo. Dicha opinión podrá zanjar buena parte de esta discusión.

Al respecto, en observaciones del año 2008 y en su abordaje al caso chileno (CT No. 373) la propia Comisión de Expertos se ha opuesto a restringir los alcances del Derecho a la Huelga:

> *La Comisión estima que las organizaciones sindicales encargadas de defender los intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores deberían, en principio, poder recurrir a la huelga para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones políticas económicas y sociales que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida. Además, los trabajadores deberían poder realizar huelgas de solidaridad cuando la huelga inicial con la que solidarizan sea, en sí misma, legal.* (CEACR, 2008).

Los representantes de los empleadores ante la OIT (2014), sobre estas mismas tensiones interpretativas, tienen una postura más aguda. Según esta, no se puede hablar de un Derecho a la Huelga internacionalmente reconocido, pues el ya mencionado Convenio 87 únicamente contempla la Libertad de Asociación. Lo anterior, de la siguiente forma:

> *El historial legislativo del Convenio Nº 87 es indiscutiblemente claro. El informe preparatorio de 1948 de la OIT recoge que "el convenio propuesto está relacionado solamente con la libertad de asociación y no con el derecho de huelga" Además, en las discusiones sobre el C. 87 en la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) de 1947 y 1948, no se aprobó ni siquiera se presentó enmienda alguna en relación al derecho de huelga. Por otra parte, cuando se adoptó el Convenio sobre el derecho de observación y de negociación colectiva de 1949 (nº 98), volvió a examinarse el asunto expressis verbis. El derecho de huelga no está expresamente consagrado en ninguna norma de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Solo hay alusiones tangenciales a ella en el Convenio 105 y en las Recomendaciones 92 y 188.*[417] (OIE, 2014).

[417] El Convenio 105 establece que todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio como castigo por haber

Vacío jurídico en el alcance de la definición del Derecho a la huelga.

Si bien estas posturas contrapuestas parecen meramente teóricas, lo cierto es que la definición del Derecho a la Huelga es todo menos certera. En Austria, Alemania, España, Uruguay, Israel y Finlandia, el ordenamiento jurídico no tiene una definición expresa para este Derecho. En otros estados, como en la República Checa y el Ecuador se prevén definiciones amplias que abarcan únicamente la paralización parcial o total del trabajo. (Wass, 2013).

En Colombia, el Derecho a la Huelga está consagrado en la Constitución Política (art. 56), excluyendo de este a los trabajadores que prestan servicios públicos, los cuales deberán ser señalados por el legislador. Así mismo, encuentra su fundamento en el artículo 8.1. del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que hacen parte del bloque de constitucionalidad y ha sido reconocido como uno de los derechos humanos fundamentales (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL2256-2023 M.P. Marjorie Zúñiga Romero).

III. Derecho al trabajo *versus* Derecho de huelga: planteamiento del problema.

participado en huelgas. La Recomendación 92 indica que ninguna de sus disposiciones podrá interpretarse en modo alguno en menoscabo del derecho de huelga. Y la Recomendación 188 indica que las agencias de empleo privadas no deberían poner trabajadores a disposición de una empresa usuaria con el fin de reemplazar a sus trabajadores en huelga.

Habiendo expresado las dificultades interpretativas con relación a la definición del Derecho a la Huelga, debemos evaluar los conflictos prácticos que surgen al momento de ejercer esta expresión del Derecho de Asociación Sindical.

El Derecho a la Huelga no sólo guarda relación con el Derecho al Trabajo (ya se citó el artículo 23 de la DUDH), sino con otros derechos emergentes como el mínimo vital, la libertad de empresa e incluso la libertad de conciencia. ¿Deben ceder estos derechos individuales ante la garantía colectiva de la Huelga? La respuesta, a juicio de la autora, es que no. El Derecho a la Huelga, cuya certeza y aplicación sigue siendo difusa y cuestionada en el contexto internacional, no debería primar sobre la libertad individual -de la cual se desprende- que tienen todos los trabajadores de ejercer la sindicalización. Es decir, de acuerdo con esta tesis, el Derecho a la Huelga no debe ser entendido como absoluto, y para su ejercicio se deben fijar unos parámetros y procedimientos claros, democráticos y transparentes que garanticen equidad y justicia. Además, el Estado debería proteger también a los No Huelguistas.

Esta postura va en línea con los principios de la OIT (OIT, 1948), según la cual el Derecho a la Huelga encuentra restricciones generalizadas. Esto es el caso de organizaciones sindicales en empresas o instituciones que prestan servicios esenciales y de funcionarios públicos que ejercen autoridad en nombre del Estado. A pesar de que la OIT ha cuestionado legislaciones demasiado amplias que restringen la Huelga con conceptos vagos como utilidad pública o grave afectación a la economía del país, estos son criterios que demuestran el interés de los estados en proteger a sus propias sociedades e individuos de los efectos adversos de las huelgas.

Los trabajadores No Huelguistas.

Debemos plantearnos entonces, ¿cuál es la forma más adecuada de proteger a los trabajadores No Huelguistas? Más allá del asunto salarial, que abordaremos más adelante, ya existen en la generalidad de ordenamientos jurídicos y en diversas provisiones internacionales algunos mecanismos.

Una primera, de tipo preventivo, tiene que ver con la votación de las huelgas. La OIT (1948) ha explicado que dicha medida no contraría el espíritu del Convenio 87, siempre y cuando el quórum y la mayoría requeridas para aprobar la Huelga sean razonables y no la hagan impracticable en la realidad. Universalmente, se acostumbra

a realizar votaciones en que -para efectos de determinar el cociente electoral y por ende el resultado- se deban considerar los votos efectivamente emitidos (o sea, los votos de los trabajadores participantes), y no el total de votos (potencia electoral) del número de trabajadores de las empresas. Sin embargo, en algunas legislaciones, especialmente latinoamericanas, estos procedimientos son utilizados por los sindicatos para justificar la realización de Huelgas ilegales, en las que la presencia estatal es mínima y los aparatos jurisdiccionales reaccionan tardíamente. Por esa razón, deben preverse mecanismos democráticos que, de manera efectiva y con supervisión estatal, permitan asegurar que las voces de los no sindicalizados y los que no aspiren a participar en una Huelga sean debidamente consideradas.

Otro método común es el de permitir la sustitución de los huelguistas (SIDTSS, 2013). Es decir, autorizar a los empleadores la contratación de trabajadores para reemplazar a los huelguistas durante una Huelga legal. Esto, evidentemente, puede debilitar la propia Huelga, pero facilitar las transiciones hacia resoluciones de los conflictos colectivos más pacíficas. Por supuesto, para que dicho mecanismo funcione, la legislación debe garantizar la reincorporación de los huelguistas tras el conflicto (lo que en la práctica también debería implicar una permisión del trabajo por Servicio Temporal). De lo contrario, se afectaría el ejercicio de los derechos sindicales.

Ahora bien, sobre la cuestión salarial, Antonio Santana Gómez (1991) -en El régimen jurídico de los No Huelguistas- explica que:

> *La pregunta que surge es si y en qué circunstancias el empleador debe pagar los salarios a [los No Huelguistas], aunque, debido a la huelga, no [se pueda] (razonablemente) proporcionar un lugar para trabajar.*

Es claro que la carga de pagar salarios sin trabajo a cambio resulta irrazonable para cualquier empleador. Con lo cual, para la autora, la verdadera pregunta es si debe poderse garantizar siempre la continuidad, así sea parcial, del trabajo para los No Huelguistas.

En este punto vale la pena realizar una aclaración. Impedir que el ejercicio de la Huelga resulte incómodo, o incluso oneroso, es desnaturalizarla. Es claro que los empleadores, en dichos casos, se ven forzados a asumir cargas adicionales cuyo propósito debe ser favorecer las pretensiones colectivas de los trabajadores. Sin embargo, apelando nuevamente a la razonabilidad, el propósito de la academia debería ser encontrar soluciones intermedias que, sin cauterizar los efectos de las Huelgas,

garanticen para los No Huelguistas y para los empleadores y terceros un contexto de flexibilidad y auténtica libertad. Más adelante veremos cómo abordan este asunto los diferentes Estados.

Evidentemente, existen diversas formas de resolver el problema del alcance de la Huelga. Y de ello naturalmente surgirán algunas claridades. La primera es que resulta equivocado pensar en un mecanismo que desnaturalice a la Huelga como forma de presión en el marco de una negociación. La segunda, que para que una Huelga tenga lugar en forma justa, deben existir mecanismos de control de los procedimientos de votación y ejecución de esta. Asi, según el sistema utilizado, cuando los trabajadores no cumplan con sus actividades laborales (hayan querido o no ir a Huelga) estos no tendrían que recibir remuneración salarial. Sobre este punto, debe primar el principio de democracia, en el que muchas veces las decisiones mayoritarias generan perjuicios asumibles para las personas que no coadyuvan la decisión, pero que en derecho se someten a la voluntad mayoritaria. Una tercera y última, en la que varias legislaciones han dado pasos, es flexibilizar y mitigar los impactos de la Huelga en los salarios y efectos adversos para con las organizaciones empresariales. Evidentemente, la capacidad de los empleadores para adaptarse a este tipo de medidas está relacionada con la competitividad y el desarrollo económico de las empresas y los mercados económicos en sí.

Los terceros: prestadores de servicios independientes y otros trabajadores

Otro asunto a ser planteado es la protección que debería brindarse a aquellos terceros afectados por el ejercicio del Derecho a la Huelga. Si bien este asunto escapa los Derechos Individuales de los trabajadores, en la integralidad de los sistemas jurídico y económico han de tenerse en cuenta. Por ejemplo, un *lock-out* o cierre patronal (SIDTSS, 2013) puede afectar gravemente a prestadores de servicios, socios comerciales e industriales e incluso a actores estatales.

Para estos agentes, la discusión laboral no es el centro del asunto. Lo es, por su parte, la continuidad en las actividades empresariales. Por esa razón, surge como de interés el tratamiento que tiene la Huelga en el contexto polaco, donde:

> *La participación en una huelga es voluntaria. Por lo tanto, la opinión predominante es que cualquier persona que no quiere ir a la huelga puede exigir su derecho a ser protegido. Sin embargo, esta posición legal de los no*

huelguistas no afecta a la legalidad de la huelga. En su lugar, puede haber una demanda contra el empleador de proporcionar una oportunidad para trabajar y, en caso de que él / ella no cumpla con esta obligación, cabe reclamar el pago de los salarios. (SIDTSS, 2013).

Este tipo de esquemas, conocidos como "Huelgas Parciales" serán esenciales de cara a las posibles soluciones que se planteen a este asunto. Pues, como se dijo, garantizan (salvo casos extremos) la libertad de decisión de los trabajadores y la continuidad en la remuneración salarial y la prestación de los servicios empresariales y comerciales, protegiendo a su vez a los terceros prestadores y actores vinculados con los empleadores.

En sentido similar, y si bien no es el centro del presente texto, la regulación sobre el Derecho a la Huelga debe verse a la luz de su ejercicio en otro tipo de Huelgas; por ejemplo, las Huelgas de Solidaridad, por Simpatía o Secundarias.

Sobre las Huelgas de Solidaridad y sus relacionadas, cabe decir que se encuentran generalmente prohibidas, por considerarse excesivas. Sin embargo, bajo la tesis que se ha venido construyendo en el presente escrito, una postura flexible más individualista del asunto podría permitir un escenario en el que los trabajadores decidan libremente si se alinean con ceses de actividades vinculados con sus propios oficios y servicios -a cambio lógicamente de un cese en su propia remuneración-.

IV. Estudio de derecho comparado.

Una vez evacuado el planteamiento teórico que antecede, se procederá a estudiar el régimen jurídico aplicable para los trabajadores No Huelguistas. Esto es, en general, las condiciones laborales con las que puede -en forma facultativa u obligatoria- un empleador continuar su actividad económica, con especial énfasis en el pago de salarios. Si bien, como es natural, estas regulaciones no consideran a los terceros potencialmente afectados por una Huelga, como ya se ha establecido, la flexibilidad que tengan las compañías para, pese a la Huelga, mantener sus actividades, es en últimas la forma de determinar el grado de protección para dichos actores.

Límites al derecho a la huelga.

A continuación, se expone un cuadro con la situación general de los trabajadores No Huelguistas, con relación al pago de salarios:

Estado	Derecho al pago de Salario del No Huelguista
Rusia	Puede recibir 2/3 de su salario promedio o solo 2/3 del salario base, según la interpretación del conflicto, siempre y cuando decidan mantener sus actividades laborales.
Polonia	Mantiene su derecho al salario, pues la carga de proporcionar el lugar de trabajo es del empleador.
Lituania	Derecho al salario completo o posibilidad de reubicación con su consentimiento.
República Checa	Pueden reclamar salario completo.
Uruguay	Pueden reclamar salario completo.
Finlandia	Derecho a salario hasta por 7 días si la huelga no está relacionada con sus condiciones laborales.
Italia	No reciben salario si la huelga hace imposible su empleo futuro.
España	El empleador puede suspender contratos si la huelga impide continuar el negocio.
Alemania	Pueden reclamar su salario, siempre y cuando sea razonable que la empresa continúe su operación.
Países Bajos	No reciben salario, salvo en casos de huelgas menores donde los no huelguistas pueden seguir trabajando.
Turquía	El empleador decide si contrata o no a los No Huelguistas, pero debe aplicar la misma política para todos.
Israel	El empleador puede aplicar un **lock-out -cierre patronal-** a los No Huelguistas si lo considera necesario.
Australia	Pueden ser suspendidos sin salario si no hay trabajo disponible por la Huelga.
Colombia	La suspensión del contrato de los huelguistas también se extiende a los No Huelguistas.

Tabla 1: investigación propia y SIDTSS (2013).

De la información analizada, vemos que en las diferentes regulaciones encuentran un asidero práctico las ya planteadas teorías sobre la Huelga, en cuanto a su naturaleza se refiere. Llama la atención, sin embargo, que en la mayoría de los casos el cierre o la continuidad de la actividad económica -cuando está permitido- depende del empleador, y no de los trabajadores. Es decir, surge como pregunta: ¿a quién debe corresponder determinar si se mantienen las labores y el salario de los No Huelguistas? Así como, ¿cuál debe ser el grado de injerencia del Estado en este asunto? A juicio de la autora, y como se ha venido sosteniendo en el presente escrito, la única forma de garantizar la protección a los No Huelguistas sin desnaturalizar la Huelga parece ser la fijación de unas reglas y parámetros claros en el marco del ejercicio de la Huelga; esto es, en su votación en tanto decisión colectiva, como en su alcance para los trabajadores individualmente considerados, cuando haya lugar a esto según la regulación específica. También, la permisión de escenarios parciales en vez de absolutos, como la continuidad de ciertas actividades con pagos parciales de salarios.

Protecciones para los No Huelguistas

El centro de la discusión entonces es si en el marco del Derecho de Huelga los trabajadores que no participan en la Huelga mantienen un estatus jurídico que les permita recibir salarios cuando no pueden trabajar debido a la paralización de actividades.

Según el estudio realizado, en países como Polonia, Lituania, República Checa, Uruguay y Finlandia, los No Huelguistas tienen derecho a recibir salario, incluso si se paralizan las actividades y no les es posible trabajar.

En cambio, en Italia, España, Australia y Colombia, los trabajadores No Huelguistas pierden el derecho a salario, en cualquier caso.

Finalmente, existen -y surgen para efectos académicos como alternativas interesantes- algunas regulaciones que condicionan el pago del salario de los No Huelguistas a las circunstancias en que se suscitan las Huelgas. En Rusia, como decíamos, según la responsabilidad del conflicto, el pago de salario podrá ser mayor o menor, pero siempre parcial. En países bajos, dependiendo de la calificación de la Huelga, se determina el pago de salario. Finalmente, en Turquía, está permitido que, por decisión del empleador, los No Huelguistas puedan trabajar con normalidad.

Democracia para la toma de decisiones en materia de Huelga

Otro asunto que se ha considerado una forma de protección en materia de Huelga, así como una provisión de legitimación para las organizaciones sindicales tiene que ver con la obligatoriedad de tomar decisiones democráticas con miras a decidir si procede o no una paralización de las actividades. Si bien las decisiones colectivas tienden a tener regulaciones simples (ver tabla 2), lo cierto es que en la práctica el control estatal es tenue, conduciendo -en ocasiones- a escenarios injustos y, francamente, antidemocráticos (UNAM, 1973).

Algunas formas típicas de garantizar que las decisiones en materia de Huelga sean justas tienen que ver con establecer un quórum razonable en el que se pudieran encontrar representados la mayor parte de trabajadores posibles, incluso si estos no son afiliados a la organización sindical que promueve la Huelga (SIDTSS, 2013). Por otro lado, se ha establecido en algunas regulaciones que se consideren sólo los votos emitidos, a efectos de determinar el cociente electoral requerido para aprobar la Huelga; esto permite que únicamente los interesados concurran a la votación.

A continuación, se presentan las reglas en distintas jurisdicciones para aprobar la Huelga:

Estado	**Reglas para aprobar la Huelga**
Alemania	Se requiere el consentimiento del 75% de todos los miembros llamados a votar.
Argentina	Votación a mano alzada entre los trabajadores afectados; basta mayoría simple para aprobar la huelga (principio de democracia sindical).
Irlanda	Votación secreta, con derecho igual para todos los miembros que pudieran ser llamados; aunque el resultado no es vinculante para los dirigentes, éstos no pueden convocar Huelga si la mayoría votó en contra.
Japón	Se exige votación directa secreta de los miembros o sus delegados para aprobar la Huelga; la omisión de la votación se considera asunto interno del sindicato y no invalida la Huelga.
Chile	Debe celebrarse dentro de los últimos cinco días de vigencia de la convención; requiere mayoría de los trabajadores de la empresa.

Estado	Reglas para aprobar la Huelga
Polonia	la Huelga se aprueba por mayoría de votos, siempre que al menos el 50% de los empleados del centro participen en la votación.
Australia	Orden judicial previa para votación secreta, organizada por la Comisión Estatal Electoral (o un tercero designado); quorum mínimo del 50% de los empleados incluidos en la votación, y aprobación por mayoría de los votos válidos.
Turquía	Debe convocarse voto cuando lo solicite el 25% de los trabajadores; participan todos los empleados del establecimiento (afiliados o no); si la mayoría vota en contra, la Huelga no puede convocarse; la petición se hace a la autoridad civil local.
Ecuador	Declaración por el comité de empresa (o comité especial si no existe); cualquier resolución requiere el voto favorable de al menos la mitad más uno de los trabajadores afectados.
República Checa	Aprobación con 2/3 de los votos de los trabajadores afectados que participaron en la votación, siempre que al menos el 50% de ellos haya ejercido su derecho a voto.
Rusia	Si deciden representantes: quórum de 2/3; si deciden directamente los trabajadores: quórum del 50%.
Colombia	Sin sindicato mayoritario: mayoría simple de votos de los trabajadores afectados; con sindicato mayoritario: mayoría de votos de sus miembros.

Tabla 2: investigación propia y SIDTSS (2013).

Nuevamente, se ve con claridad la diferencia entre aquellas jurisdicciones que confían el control de los asuntos colectivos a las propias organizaciones sindicales, y aquellos en que el Estado lo ejerce directamente por la vía jurisdiccional o administrativa. Desde la experiencia Latinoamericana, es claro que el fondo del asunto se encuentra más en la organización y la veeduría a los procesos de toma de decisión que en las reglas mismas. En ese sentido, el criterio de la OIT que habría sido señalado con anterioridad -en cuanto a la fijación de mínimos democráticos que no imposibiliten en la práctica la Huelga (OIT, 1994)- resulta ponderado. También, del estudio comparado realizado, resulta como interesante la legislación australiana, en que existe

un control judicial previo a la Huelga; es decir, una especie de presunción de ilegalidad sobre la Huelga.

V. Ponderación y necesidad de proteger el Derecho al Trabajo

Realizado el estudio comparativo que antecede, algunas alternativas ya existentes parecen plantear ejercicios mesurados del Derecho a la Huelga, con equilibrios razonables entre la autonomía de las organizaciones sindicales y el control del Estado.

A lo largo del presente texto, se ha venido sosteniendo que el Derecho a la Huelga debe ponderarse con los derechos en que se encuentre enfrentado con ocasión a la *ultima ratio* de los conflictos colectivos. En tanto, a nuestro modo de ver, no se trata de un Derecho Fundamental, en tales casos la Huelga debe ceder, incluso más allá de los límites tradicionalmente establecidos.

Sobra decir entonces que las llamadas "Obligaciones de paz" en el contexto de la Huelga (SIDTSS, 2013) permanecen incólumes en tal sentido. Esto es, que la Huelga debe estar sometida a principios y exámenes jurídicos, que debe realizarse con proporcionalidad y como último recurso, y que debe propender por la equidad -esto es, una noción de lucha justa- (OIT, 1994). Sin embargo, para la autora, además de estas concepciones, y otras tendientes a proteger el interés y los bienes públicos, debe agregarse que la Huelga, no debería atentar contra los derechos fundamentales de los propios trabajadores; esto es, el Derecho a Trabajar, a la libertad de conciencia y, conexamente, al mínimo vital. Bajo este precepto, es claro que cualquier regulación debe propender por la continuidad de las actividades económicas, en la medida en que estas resulten conciliables con la existencia de la Huelga misma y la voluntad individual de los trabajadores.

En Colombia, se presenta una situación irregular con cierta recurrencia que vale la pena poner de presente, a propósito de lo antes mencionado. Se trata de la llamada "huelga falsa". Esto es un mecanismo de presión utilizado por determinadas organizaciones sindicales en el país, consistente en la realización de una huelga abiertamente ilegal, que, dadas las demoras del sistema judicial en resolver el proceso de declaratoria de ilegalidad, se aprovecha de sus impactos en las empresas para damnificar a los empleadores. Así, estas huelgas irregulares (en las que suele haber prácticas desleales como trasteos de votos) dada la poca vigilancia de las autoridades laborales del Estado, suelen culminar en una presión excesiva para las empresas,

paralizándolas parcial o totalmente y obligándoles a ceder en determinados puntos de la negociación. Entre esos, se suele acordar la imposibilidad de imponer medidas disciplinarias a los falsos huelguistas, garantizando la impunidad de la conducta. Este tipo de prácticas resultan inaceptables pero permisibles, en la medida en que los marcos regulatorios de la Huelga son tenues e ineficaces.

Huelga parcial como solución: el caso australiano

Si bien lo aquí indicado presenta un cambio de paradigma con relación a los bienes jurídicos que deben protegerse en el contexto de la Huelga, en la práctica algunas legislaciones se han encaminado por el desarrollo de Huelgas parciales, que se presentan como una alternativa interesante para el análisis.

Así, se puede plantear el caso australiano como una regulación flexible. Como se decía, la votación de la Huelga requiere un control judicial previo, organizado estatalmente o por un tercero designado, en el que se debe considerar la totalidad de trabajadores afectados y con un quórum de mayoría simple y aprobación a partir de los votos efectivamente emitidos. Según el resultado real de la Huelga, los trabajadores No Huelguistas podrán continuar sus labores, siempre y cuando haya condiciones y labores disponibles. A su vez, existen otros auxilios, por ejemplo, al desempleo, que facultan al Estado para mantener las condiciones esenciales de los servicios y de los trabajadores, laboralmente hablando (Wass, 2013).

VI. Conclusiones

Cualquier regulación u orientación internacional encaminada a la ponderación adecuada del Derecho a la Huelga debe considerar la posibilidad de que los trabajadores No Huelguistas pudieran continuar ejerciendo sus labores y recibiendo la respectiva remuneración. Esto implica, además, que existan límites estatales razonables pero regulados para determinar cuál es la voluntad colectiva de los trabajadores; lo que es exigir la votación democrática y garantista de la Huelga (OIT, 1994)

Una segunda conclusión, es que además de la voluntad de los trabajadores, debería permitírsele a los empleadores continuar, así sea de forma parcial, sus actividades económicas. Esta es en últimas la única garantía real de protección que puede conferirse a terceros de buena fe y los propios sectores productivos de la

sociedad. Una alternativa que se ha planteado en el mundo para ello tiene que ver con el debate sobre la posibilidad de sustitución controlada de los empleados Huelguistas, a través de la contratación de Servicios Temporales. Cabe resaltar al respecto que este es un asunto especialmente controversial; así lo estableció la Comisión de Expertos de la OIT:

> *La Comisión considera que este tipo de disposiciones o de prácticas [la sustitución de los Huelguistas] menoscaban gravemente el derecho de huelga y repercuten en el libre ejercicio de los derechos sindicales.* (OIT, 1994).

En ese sentido, erige como conclusión predominante que existe la necesidad de clarificar, en el contexto internacional, que la Huelga -en tanto derecho- tiene una naturaleza no fundamental. Esto demanda para los estados una regulación más estricta y controlada, con inspección, vigilancia y control de los procedimientos de aprobación y ejecución de las huelgas. De esa manera, debe haber también restricciones a las huelgas, entendiendo que pueden afectar excesivamente los derechos de los trabajadores No Huelguistas y de las propias empresas. Por lo que a la autora respecta, este enfoque debe complementarse con un respeto por las reglas democráticas y de las mayorías requeridas para aprobar una Huelga. Así, con estándares y controles claros, en caso de que se apruebe una Huelga, esta determinación se debe respetar sumamente; lo cual incluye, entre otros -para la autora- la prohibición de prácticas que desestimulen o desnaturalicen la realización de una Huelga justa y legal. En ese orden de ideas, por ejemplo, no se debería permitir la sustitución de los huelguistas.

Protección a la soberanía legislativa en materia de Derecho a la Huelga

Finalmente, y como tercer punto, la autora considera que todo lo anterior debe realizarse a partir del absoluto respeto por la soberanía legislativa de cada Estado. Es claro que las regulaciones concretas en materia laboral, y especialmente colectiva, dependen de los legisladores nacionales y de su forma de entender las relaciones laborales y el mundo del trabajo en general. En esa medida, si bien se debe propender porque los estados privilegien más o menos la autonomía sindical, según el caso, es importante que el Derecho Internacional pueda avanzar en establecer algunos mínimos, como los aquí señalados.

Importancia de plantear una definición internacional sobre el Derecho a la huelga y su alcance

De esa manera, el presente texto busca realizar un llamado a la academia internacional, para construir unas nociones conceptuales que puedan permitir universalizar, dentro del respeto a la soberanía de todos los Estados, algunos límites establecidos para el Derecho de la Huelga que, en tanto no absoluto ni fundamental, debe ceder ante los requerimientos esenciales de las sociedades contemporáneas, garantizando la competitividad económica, el desarrollo empresarial y, por supuesto, los derechos fundamentales e individuales de los trabajadores y terceros involucrados, en todos los casos.

Referencias

Appleby y otros contra el Reino Unido. Compilación de la OIT (2018).

Caicedo Pérez, R. (2013). EL DERECHO DE HUELGA EN COLOMBIA: UN SOFISMA. LEGEM.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL2256-2023. M.P. MARJORIE ZÚÑIGA ROMERO. 22 de agosto de 2023.

D. G., UNAM (1973). La Huelga en el Derecho Comparado. Repositorio Institucional de la Universidad Nacional Autónoma de México. https://repositorio.unam.mx/contenidos/170880

¿Es la huelga un derecho reconocido por las normas de la OIT? (s. f.). Molina, C. en Ámbito Jurídico. https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/laboral-y-seguridad-social/es-la-huelga-un-derecho-reconocido-por-las-normas-de

Santana Gómez, A (1991). Régimen jurídico de los trabajadores no-huelguistas. Universidad de Sevilla, España.

OIE (2014). LOS CONVENIOS 87 Y 98 DE LA OIT ¿RECONOCEN EL DERECHO DE HUELGA?

OIT. C087 - Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)

OIT, Conferencia Internacional del Trabajo (1994). Reunión 81.

OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (2008). CT 373.

ONU, Asamblea General (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos.

Quintero Martínez, S. (2013). Abuso del derecho de asociación sindical. El caso colombiano. Universidad del Rosario.

Wass, B., SIDTSS (2013). LA HUELGA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL Y SUS POSIBLES CONFLICTOS CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS CIUDADANOS. INFORME GENERAL III. BERND WASS. Goethe University. Frankfurt, Germany.

Dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade

El deber de cuidado de las empresas en materia de sostenibilidad

OBJECIONES DE CONCIENCIA EN EL ÁMBITO LABORAL Y EMPRESAS DE TENDENCIA

Santiago Catalá[418]

Abstract: *Las relaciones laborales, cada vez más complejas e internacionalizadas, unidas al creciente pluralismo religioso existente en los llamados "países avanzados", están generando un progresivo aumento de la conflictividad laboral a causa del ejercicio de la libertad religiosa y de conciencia del trabajador por un lado, pero también a causa de la libertad de empresa, de la multiplicación de entes con capacidad para contratar personal y, por supuesto, como consecuencia de la ruptura de fronteras del fenómeno confesional, lo que resulta ampliable a las ideologías, tanto en las relaciones de Derecho público como en las de Derecho privado.*

El resultado de este complejo "entramado" de situaciones conflictivas en el ámbito laboral como consecuencia del fenómeno religioso por lado, y de la libertad de empresa, por otro, es lo que constituye el objeto de este trabajo.

Resumen*: I. Introducción. II. Libertad religiosa, ideológica y de conciencia. III. El empleador. IV. El trabajador. V. La relación laboral. VI. Algunas reflexiones jurídicas. VII. Estudio de algunos casos concretos y sentencias. VIII. Criterios para la resolución de conflictos. IX. Referencias bibliográficas.*

I. INTRODUCCIÓN

Los conflictos que están surgiendo en todos los órdenes, lejos de disminuir, aumentan constantemente. Ello se debe en parte, al margen de lo que constituye la problemática típica de las relaciones laborales (despidos, salarios, vacaciones, permisos, categorías y niveles, cotizaciones, acciones sindicales, etc.) a causa del surgimiento de los nuevos modelos políticos-jurídicos, con innovadores sistemas de libertades que afectan a las personas en casi todas sus dimensiones y, en particular, tanto al empresario como al trabajador.

Como es bien sabido, el mundo experimenta un proceso de progresiva aceleración de la historia y el ámbito de las relaciones laborales es especialmente sensible a este fenómeno.

A ello contribuyen, además, otros factores como el crecimiento exponencial del tercer sector y su cada vez mayor capacidad de contratación, así como la

[418] Catedrático acreditado de Derecho Eclesiástico del Estado Universidad de Castilla-La Mancha.

internacionalización de las relaciones humanas, los flujos migratorios, la existencia de diversas declaraciones internacionales de derechos –no siempre de fácil aplicación cuando se conjugan con los ordenamientos estatales–, la multiplicación e internacionalización de las Iglesias y Confesiones religiosas –así como el fenómeno sectario– y, por último (sin que esta enumeración pretenda constituir un *numerus clausus*) la existencia –cada vez mayor– de entidades empleadoras que, bien por su origen, bien por su naturaleza, bien por sus actividades (o por cualquier otro motivo), acaben estableciendo un estatuto diferenciado por razón de credo, principios religiosos, éticos, o de otra naturaleza asimilable a los anteriores o, de otro modo, generen –al menos en hipótesis– problemas relacionados con los derechos de empresarios, gerentes o trabajadores, con el estatuto de los profesionales, el personal laboral, de servicios, etc.

Dadas las dimensiones espaciales en las que forzosamente ha de desarrollarse esta colaboración, la exposición de esta materia no puede ser sino sucinta, pese a la extensa y reciente bibliografía generada, especialmente en España e Italia; sin embargo, dado que va dirigida a una comunidad universitaria que abarca, cuanto menos, todo el ámbito iberoamericano, considero oportuno remarcar en las páginas que siguen los principios, elementos, circunstancias…, que o bien se han tenido en cuenta en determinadas resoluciones judiciales o, en otro caso, puedan servir para establecer criterios de actuación a los juristas. Dicho con otras palabras, pretendo con esta colaboración "abrir el abanico" al máximo para que, a costa de no poder profundizar en las materias que se abordan, el lector comprenda con la mayor amplitud posible la fenomenología existente, así como la problemática que las libertades religiosa y de conciencia potencialmente pueden generar, bien cuando éstas son ejercidas por la clase trabajadora, bien cuando lo son por los empresarios y/o las empresas, bien cuando, en otro caso, son los propios Estados, las Administraciones públicas, los organismos internacionales o las distintas iglesias o confesiones religiosas las que contratan trabajos, servicios o desarrollan cualquier tipo de actividad remunerable.

Pues bien, la internacionalización del conflicto –usando el término en sentido amplio-, unido a las diferentes respuestas que están dando los tribunales nacionales e internacionales en aplicación de unas normas que no siempre son homologables en los diversos países y áreas geográficas del mundo a causa de la existencia de diversas legislaciones –tanto nacionales como internacionales– pero, también, en función del

modelo de Estado ante el que nos encontremos, producen como resultado una compleja casuística que dificulta el análisis de las cuestiones potencialmente generadoras de conflictos; a esto que hay que añadir la existencia de resoluciones a veces divergentes y también –con frecuencia–, sin la suficiente justificación o sin el adecuado reconocimiento o ponderación de los derechos en liza.

A ello se llega, en suma, por la existencia de diversos factores que es preciso enumerar; los más importantes, como son:

1º.- La existencia de diferentes declaraciones internacionales de derechos.

2º.- La jurisprudencia que emana de los mismos, no siempre conteste.

3º.- Las diferentes nociones de "orden público" protegido por la ley en cada Estado y sus relaciones con los derechos fundamentales y las libertades públicas.

4º.- Los desajustes que generan los distintos modelos de Estado[419] en relación con libertades tales con la religiosa, de conciencia, de empresa, los derechos relativos a la educación, a la libertad de enseñanza, etc.

5º.- La idiosincrasia de cada Estado y su tradición jurídica, es decir, la actitud de éste frente a las religiones y –también– todo lo que respecta al sistema de libertades, al ámbito laboral, etc.

Pues bien, todo ello no sólo en relación a las materias antedichas, sino también en lo que se refiere a la regulación de las relaciones laborales, la autonomía empresarial, los elementos –personales, institucionales y normativos– provenientes del Derecho internacional, tanto en la esfera del Derecho privado como en el público…, y, por supuesto, algo que no se puede obviar:

6º.- La existencia de ordenamientos jurídicos confesionales, como son todos los cristianos, además de los judíos y musulmanes, sus sistemas de valores, principios de actuación, obligaciones, derechos… provenientes de cada Iglesia o credo, incluyendo en ellos todos lo que tienen que ver con la conciencia individual o colectiva, es decir, agnósticos, ateos, indiferentes…; todo esto obliga a no dejar sin respuesta jurídica adecuada ningún sujeto ni situación.

II. LIBERTAD RELIGIOSA, IDEOLÓGICA Y DE CONCIENCIA

[419] Confesionales, laicos, de tradición cristiana (católica, anglicana, protestante), cooperadores o no con las confesiones religiosas, etc.

Cuando empleamos los términos citados, normalmente pensamos de forma automática en el trabajador; es él, usualmente, el que introduce elementos que pueden encontrar resistencia –o entrar en conflicto– en el ámbito de las relaciones laborales.

Descanso semanal, días festivos, prohibición de la venta de determinados productos como el alcohol, la carne de cerdo –entre otros animales–, vestimentas y muchas otras manifestaciones (algunas de las cuales veremos), dan como resultado un mosaico complejo de situaciones jurídicamente conflictivas a las que cada ordenamiento debe dar una respuesta al caso concreto planteado y, al hacerlo, actuar con justicia, equidad y criterio, sabedor que, al mismo tiempo que resuelve el caso concreto, va creando Derecho, pues consolida o "legaliza" determinadas situaciones inicialmente no contempladas por la norma.

Conviene señalar a este respecto que la libertad religiosa existe, al menos, en tres niveles diferentes:

- El individual, en el que la conciencia del individuo alcanza su mayor protagonismo;
- El institucional, es decir, el eclesiástico[420] (aunque no debemos perder de vista que a la misma es preciso asimilar la libertad de conciencia que, en esencia, aun partiendo de que el sujeto objetor comparta o pertenezca a un credo, resulta inherente a la dignidad del ser humano)[421].
- El normativo, en cuanto que cada Estado regula la materia de una determinada forma, generando tantos sistemas como países hay en el mundo, sistemas que tendrán relación con todas y cada una de las Iglesias y confesiones que operen en su territorio y con cada persona física –o jurídica– en función de sus creencias religiosas, su ideología o su tendencia.

Al estar redactadas estas páginas en el contexto de un congreso iberoamericano, conviene recordar las importantes, complejas y frecuentes situaciones a las que se enfrenta la Amazonía, al igual que otras regiones de la América latina y, al tiempo, rememorar los constantes conflictos que surgen entre los individuos y/o las comunidades a las que pertenecen frente a los propios Estados, los intereses de las

[420] Usando el término en el sentido más amplio del mismo, esto es, abarcando cualquier credo, iglesia o confesión.

[421] Dicho con otras palabras, la pertenencia a un sistema de creencias, o la inexistencia de éstas, otorga al individuo un elenco de derechos y deberes derivados de su conciencia personal o del sistema de creencias que él encarna y que ningún ordenamiento jurídico que se precie puede ignorar.

empresas multinacionales que se implantan en el territorio, etc; ello nos ha de serir de "telón de fondo" en el que "enmarcar" las páginas que siguen.

Pues bien, como paso previo, es preciso hacer notar que, en cada situación, las partes normalmente en conflicto (el empresario y el trabajador) actúan bajo –o al amparo- de, al menos:

- Una –o varias– normativas internacionales.
- Diferentes legislaciones de cada Estado en cuestión.
- Doctrinas jurisprudenciales no siempre uniformes en cuanto a criterios de resolución del conflicto, entre otras razones porque la casuística, esto es, los aspectos concretos que caracterizan cada supuesto de hecho, es extraordinariamente variable, a veces con pequeñas diferencias de matiz, de modo que no es fácil establecer criterios seguros sobre los que poder "edificar" un orden jurídicamente estable.

Al hilo de ello me he permitido acuñar la expresión "atomización" para referirme a la gran variedad de respuestas jurídicas ante las que nos encontramos, no solamente en cuanto a las sentencias que dictan la infinidad de órganos jurisdiccionales existentes sino, también, a determinados órganos carentes de capacidad para dar una respuesta plenamente ajustada a derecho, como pueden ser los Consejos de Administración de las empresas, los empresarios individuales o los consejos escolares –por poner tres ejemplos palmarios–, para aludir a un fenómeno que, desde el punto de vista técnico, es cuanto menos preocupante: el de la resolución de los conflictos por parte de órganos que resuelven cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales y las libertades públicas pese a carecer de la más mínima formación jurídica.

Estas entidades, unipersonales o colectivas, terminan resolviendo conflictos relacionados con la vestimenta de las niñas musulmanas cuando llegan a la pubertad –no sólo en clase sino cuando realizan gimnasia, por ejemplo–, o se bañan en las piscinas del centro en el que estudian o, en otro caso, cuando una profesora se convierte al Islam o a cualquier otro credo que imponga un modo de vestir determinado, el uso del turbante, la prohibición de cortarse el pelo o la tenencia de un puñal ritual sin fines en absoluto delictivos.

Las respuestas que en cada caso se den, al tratarse de soluciones concretas al supuesto planteado, generan un mosaico de soluciones que pueden llegar a ser contradictorias entre sí, dependiendo del centro –o del país– en el que se haya planteado el conflicto. Se produce de este modo, al menos potencialmente, la

posibilidad de que en un mismo supuesto de hecho la respuesta o resolución dada sea completamente distinta e, incluso, contradictoria. En teoría ello atenta contra el derecho a la igualdad de trato pues una misma situación no puede sea resuelta de forma radicalmente diferente dependiendo del centro escolar –o empresarial– en el que haya surgido un hecho diferencial, pero lo cierto es que el resultado, *de facto* y *de iure*, ha sido (o puede legar a ser) el de resolver unos mismos conflictos con respuestas diametralmente diferentes, lo que constituye, a mi modesto entender, una manifestación clara de algunas de las patologías que presentan nuestros sistemas jurídicos.

No nos debe extrañar, por tanto, que la judicialización de esta materia vaya yendo a más, como puede apreciarse en los trabajos recogidos en la bibliografía utilizada, así como con un simple repaso de las crónicas de nuestros tribunales.

En suma, estamos ante una materia que, por la ausencia de normas claras y concretas así como por la falta de criterios universales –lo que, unido a la creciente diversidad de la fenomenología religiosa incluyendo las sectas y su creciente implantación en todo el orbe–, todo hace pensar que la materia que se aborda, lejos de discurrir por una senda que proporcione seguridad jurídica a las partes (personas físicas y jurídicas, confesionales o no, públicas o privadas…), seguirá exigiendo la atención de los juristas en la incesante búsqueda de mecanismos eficaces de prevención y resolución de los conflictos que surjan.

III. EL EMPLEADOR

El término "empresa" para la que trabaja la persona física, así como el término "empresario" o "empleador" deben ser utilizado a los efectos que nos interesan en el sentido más amplio posible. Con ello hay que entender, al menos, los siguientes:

- El Estado, las Comunidades Autónomas, Diputaciones, Ayuntamientos, las empresas públicas, los consorcios y cualesquiera otras entidades contratantes que no sean estrictamente privados y que de algún modo pertenezcan al sector público, estén participadas, etc., teniendo en cuenta que en cada país pueden existir diferencias notables en la regulación de este tipo de entes siempre que estén dotados de personalidad jurídica y capacidad de obrar.

- Las confesiones religiosas. Aunque éstas tengan la consideración de personas jurídicas de naturaleza privada, hay países como Alemania, por ejemplo, que les otorga o puede otorgarles la condición de corporaciones de Derecho público. Ello puede resultar indiferente cara al régimen jurídico por el que se rijan, pero puede no ser así en el ámbito laboral.

- También hay que tener en cuenta a estos efectos que las empresas públicas en los Estados confesionales pueden presentar especialidades que alteren las relaciones jurídicas que regulan las condiciones en las que opera el trabajador, el funcionario o personas que se encuentren en situaciones asimilables.

- Los partidos políticos, sindicatos, asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, etc. Aun cuando éstas pudieran estar desprovistas de ideario, las relaciones laborales que surgen en ellas pueden generar limitaciones para el trabajador, especial deber de observancia respecto del carácter propio del centro empleador, respeto a sus sistemas de creencias o pensamiento, etc.

- Las empresas familiares y el empresario individual. Cuando el ente que contrata es una persona física –o una familia– es fácil que se produzcan situaciones en las que las relaciones laborales se condicionen de algún modo a ciertos principios y reglas que el trabajador, tal vez, haya de respetar.

- Las empresas que tengan en su actividad una especie de "derecho de marca" no en el sentido comercial sino en el de generar cierta tendencia o poseer determinados principios éticos, de actuación, etc. En esta tipología habría que incluir las entidades pertenecientes a los siguientes sectores: editoriales, medios de comunicación –públicos y privados–, productoras cinematográficas, musicales.., residencias de ancianos y de personas dependientes, hospitales, consultorios de propiedad particular[422], etc.

[422] Incluso hemos podido comprobar cómo multinacionales dedicadas a la fabricación de refrescos –Coca Cola y Pepsi Cola son ejemplos de ello–, han querido captar (o dirigirse, o apostar) por un modelo de familia o por un perfil determinado de persona, enfocando su estrategia comercial, publicitaria, etc., en función de ese "carácter propio" que puede caracterizar a este tipo de multinacionales, pese a que, aparentemente, carecen de tendencia.

- Entidades que desarrollen tareas o servicios educativos, tales como universidades, colegios, centros de enseñanza, formación profesional, etc.

- Aquellas otras que desempeñen tareas asistenciales, de acogida, integración de minorías, emigrantes, etc.

- Entidades que realicen inhumaciones, tales como tanatorios, crematorios e, incluso cementerios privados. En este sentido debemos traer a colación que, frente a lo que ha sido general en España: la existencia de cementerios públicos regulados por el Derecho administrativo, en la actualidad hay numerosos lugares dedicados al enterramiento, el depósito de cenizas, etc., que disponen o pueden disponer de espacios específicos para determinados grupos religiosos y/o para quienes carecen de fe. En función de los servicios que prestan los trabajadores deberán cumplir de forma específica ciertas reglas impuestas por la empresa para dar satisfacción a los familiares y a los propios fallecidos por respeto a su voluntad.

- Las empresas que se dediquen a la producción, envasado, comercialización de productos *halal*, *kasher*, etc. Debemos tener en cuenta, en este sentido, que todo el proceso productivo, de almacenamiento, transporte, venta…, puede estar seriamente condicionado por normas religiosas que el empresario puede y debe cumplir y, por lo mismo, puede también obligar a cumplir a sus trabajadores y colaboradores, incluyendo, como digo, desde el transporte de animales a su sacrificio, por poner dos ejemplos.

- Por último, en esta materia es preciso dejar siempre la "puerta abierta", tanto en cuanto a la condición de "empresa", que hay que tomar en el sentido más lato posible, como en lo relativo a las relaciones laborales, derechos y obligaciones de las partes, etc. También es preciso "abrir el objetivo" al máximo para no dejar fuera todo el proceso y las contingencias que puedan producirse: desde la entrevista de trabajo a las causas de despido pasando por el resto de materias que suelen afectarles: desde la vestimenta o el uniforme hasta el corte de pelo; desde el uso de símbolos religiosos o elementos inherentes a la religión profesada, a la obligación de vender alcohol, por ejemplo; del deber de dispensar preservativos, píldoras

abortivas o determinadas especialidades farmacéuticas que, combinadas, puedan producir efectos no acordes con la conciencia del profesional que las expide, a la prohibición de hacerlo a un mancebo de farmacia o el derecho de no disponer de determinados productos por el titular de ésta.

Pues bien, desde esta visión "gran angular" es preciso aproximarse al fenómeno ideológico, confesional o, incluso, simplemente personal, para enfocar adecuadamente las relacione laborales que puedan establecerse y que tengan relación con el fenómeno de la conciencia, la religión o, simplemente, el carácter propio del centro empleador, a fin de evitar en la medida de lo posible, el surgimiento de conflictos entre las partes.

IV. EL TRABAJADOR

El operario representa, sin duda, parte esencial en las relaciones laborales y es quien con más frecuencia plantea objeciones de conciencia.

Por un lado, como ha quedado apuntado más arriba, asume unas obligaciones contractuales y, entre ellas, pueden incluirse con relativa frecuencia limitaciones a su *agere licere* en el ámbito laboral. Por otro, las relaciones laborales no pueden servir para cercenar sus derechos obligándole a hacer aquello que su conciencia o religión le prohíben. A veces los problemas surgen de las conversiones a determinadas iglesias o religiones durante el período laboral.

Es ésta, como en el resto de las materias apenas apuntadas en la presente colaboración, susceptible de una casuística potencialmente infinita.

Tres ejemplos sacados de la jurisprudencia española e internacional son buena prueba de ello.

El primero lo protagonizó un empleado del Partido Popular español, administrativo en dicha formación política. Con el tiempo se presentó como candidato a un cargo electo en su partido y ocupó un cargo de responsabilidad. A partir de entonces surgieron distintos desencuentros con la citada formación, llegando al punto de que no fue propuesto como candidato en las siguientes elecciones. Privado de la posibilidad de participar como posible electo en su propio partido, solicitó volver a ocupar el cargo que había ostentado como trabajador de la citada formación, pero el PP rechazó tal propuesta. Así pues, aunque su pretensión era volver a trabajar por cuenta ajena, el hecho de haber ostentado cargo de representación y haber perdido la

confianza del partido en su condición de candidato electo justificaba la negativa a ser admitido a su antiguo cargo como trabajador.

Planteada la correspondiente reclamación ante los tribunales, éstos la desestimaron por entender que, por razones de *intuitu personae*, ni él tenía derecho a acceder a un puesto en el que tenía capacidad de conocer cuestiones internas de dicha formación, ni ésta estaba obligada a tener dentro de su estructura a una persona conocida que ya no gozaba de la confianza del ente empleador[423].

La segunda la protagonizó un alto representante de la Iglesia de los Santos de los Últimos días para Europa. En su condición de ministro de culto, cargo retribuido, desempeñó con normalidad sus funciones religiosas hasta que, enamorado de una señora, mantuvo relaciones sentimentales con la misma. Como consecuencia de la confesión pública de dicha relación, pidiendo perdón a Dios y a la comunidad por dicha falta, dado que estaba casado, fue despedido. La reclamación interpuesta contra la Iglesia contratante no fue atendida, considerando procedente el despido[424].

Suerte distinta tuvo un empleado de una parroquia católica situada en Alemania. En este caso la condición de organista, encargado de tocar en las ceremonias y actos solemnes, además de dirigir el coro, coincidió con su ruptura conyugal. Al tener conocimiento el cura de la Iglesia de que el músico tenía relaciones con otra mujer. lo despidió.

Ambos casos llegaron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, curiosamente, con la misma fecha, dictaron resoluciones completamente divergentes, en este caso atendiendo al tipo de relación laboral que desempañaba uno y otro trabajador.

Las razones en las que, básicamente, se fundamentaron dichas resoluciones fueron precisamente dos y de una doble naturaleza: por un lado, la vinculación del alto representante para Europa era un ministro de culto, por tanto, especialmente obligado a respetar el ideario de la Iglesia que representaba y, como se dice en la sentencia, si se obligaba a no fumar, ni masticar granos de café ni realizar otros actos ni en la Iglesia de pertenencia, ni en sus alrededores, se entendía que mayor gravedad revestía una infidelidad conyugal.

En cambio, el organista había sido contratado como músico, esto es, no asumía un papel ni representativo ni ministerial, además, una vez separado, había instado la

[423] S. del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 3ª, Sala de lo Social, de 8 de junio de 2014.
[424] STEDH de 23 de septiembre de 2010.

nulidad matrimonial para unirse en santo matrimonio con su pareja, de modo que no merecía, a juicio del tribunal, un trato injustificadamente perjudicial.

Como vemos, en estos casos las resoluciones respectivas han tenido en cuenta el tipo de vinculación que une al trabajador con la entidad religiosa así como los hechos que se consideran motivadores de una conducta más o menos irregular: no es lo mismo asumir un cargo representativo y, además, ministerial, que un simple oficio, aunque se ejerza en un templo: ambos puestos de trabajo implican obligaciones de diferente naturaleza y, por tanto, merecen o justifican un tratamiento aparte a los efectos que tratamos.

V. LA RELACIÓN LABORAL

Por las mismas razones apuntadas más arriba, el concepto de "relación laboral" ha de ser interpretado y aplicado en los términos más laxos posibles, asimilando casi sin excepción situaciones aparentemente ajenas.

Ejemplo de ello sería el estatuto de la función pública, distinto al de los trabajadores del sector público, además del privado, gerentes y representantes o responsables de empresas de todo tipo, es decir, públicas, privadas o mixtas, personal al servicio de las Iglesias, confesiones y comunidades religiosas, pero también los que estén contratados por todo tipo de ONGs.

En España, los profesores que imparten la asignatura de Religión católica son contratados por las Administraciones públicas, en este caso autonómicas, pero designados por las autoridades eclesiásticas, concretamente por los obispos en cada provincia o diócesis; pues bien, al margen de la titulación requerida por el Derecho administrativo vigente en cada momento, las personas contratadas lo son a propuesta, como digo, del Ordinario Diocesano que puede analizar las actitudes personales y/o vitales de cada uno de los posibles candidatos[425].

Por la misma razón, el Obispo puede retirar esa especie de venia o designación, que en todo caso será vinculante para la Administración educativa.

Comprobamos en este caso cómo una relación que no es propiamente funcionarial, sino que se asemeja más al ámbito laboral, queda pendiente de temas tan específicos como la fe, las costumbres, el estilo de vida del personal docente, etc.

[425] Sobre esta materia pude consultarse la página web de la Conferencia Episcopal Española, Comisión Episcopal de Enseñanza y Catequesis, titulada "El profesor de Religión católica. Identidad y misión".

Si el profesor o profesora contratada lo fuera para impartir enseñanza en un colegio privado, perteneciente o no a la Iglesia, incluso no perteneciente a ningún credo, también aspectos tales como sus costumbres, sus expresiones en clase y fuera de ella…, pueden ser determinantes para generar un despido o la retirada de esa especie de *venia docendi*, ello dependerá el carácter propio del centro y, en cierto modo, también de la dirección del mismo, el Consejo escolar…, pudiendo tener relevancia las posibles quejas de los padres, la difusión pública de los hechos, posible escándalo, etc.

Sucedió esto mismo en España. Un sacerdote secularizado fue designado por su Obispo para impartir clases de religión católica en un centro de enseñanza público, y ello pese a estar casado civilmente con una religiosa que, previamente, había abandonado el convento.

En esta situación estuvo varios años hasta que, siendo promotor de un movimiento social pro celibato opcional, organizaba manifestaciones populares para reivindicar a la Iglesia un cambio normativo en dicha materia. Ante el activismo del sacerdote secularizado, su actividad pública y su enfrentamiento contra la Iglesia católica en este punto concreto, el Obispo decidió prescindir de sus servicios como profesor de religión católica, apartándolo de la enseñanza y sin derecho a indemnización.

Técnicamente no se trata de un despido, ni porque la Iglesia despide en términos propiamente dichos, ni tampoco la Administración, que se limita a no renovar el contrato el curso siguiente.

Pues bien, *mutatis mutandis*, esto mismo puede suceder con respecto a los profesores de otros tipos de enseñanza, incluso de grado medio o universitario, porque la libertad de expresión puede quedar seriamente limitada en función de la edad de los alumnos, del carácter propio del centro propietario/empleador o de la disciplina que se imparta, esto es, no sólo afecta a la enseñanza de la religión, puede traspolarse a otras asignaturas como filosofía, historia, física, biología, química o matemáticas. Manifestar que Dios no existe, o que no puede existir, o proferir afirmaciones irreverentes hacia la Iglesia o hacia la Divinidad puede ser causa justificada de resolución de los contratos laborales. No es la razón del despido el incumplimiento de las obligaciones laborales (no asistencia, retrasos, etc.) sino la no adaptación al ideario del centro en una pugna entre las libertades de pensamiento y de expresión del docente

y unos principios o estándares mínimos exigibles por el centro empleador, la Dirección del mismo, etc.

VI. ALGUNAS REFLEXIONES JURÍDICAS

Como puede deducirse claramente de lo dicho anteriormente, la fenomenología en esta materia es potencialmente infinita, dado que existen múltiples variables que pueden ser determinantes del estatuto jurídico del trabajador y, por tanto, de la respuesta que el ordenamiento jurídico nacional e internacional dé a cada situación.

Lejos de considerar que en los Estados laicos el problema es menor ocurre casi a la inversa: estos países imponen en los medios públicos de comunicación, en los centros de enseñanza a todos los niveles y en todas las administraciones públicas unas cláusulas de estilo que, potencialmente, abarcan prácticamente todos los sectores.

Pensemos en el aborto, la venta de anticonceptivos, preservativos o de las llamadas píldoras del día después; pensemos en la forzosa aplicación de las normas por parte de todas las autoridades, desde la judiciales a las fiscales, pasando por los distintos cuerpos policiales; o en el derecho a cambiar de sexo y su puesta en práctica en los centros pertenecientes a las Administraciones; pensemos también en los centros de enseñanza, especialmente en los públicos, pero también en los privados y en los privados concertados…, la lista es infinita y la casuística potencialmente también.

Un ejemplo de ello resulta clarividente para entender cómo funciona esta materia en España y cómo las interrelaciones entre el derecho de libertad religiosa y de conciencia consagrado en el art. 16 de nuestra Carta Magna, relacionado con el derecho a la educación y la libertad de enseñanza del art. 27, ambos fundamentales, proporcionan al jurista casos de especial interés.

Uno de ellos lo protagonizó un colegio perteneciente a una cooperativa agrícola; dicho centro, gracias precisamente a la cooperativa creadora del colegio, existente desde antes de promulgarse la Constitución española, segregaba a los alumnos por razón de sexo. A partir de las reformas operadas en nuestro ordenamiento, la enseñanza puede ser pública, privada o privada-concertada; en este último caso su naturaleza es privada pero goza de un concierto en virtud del cual la Administración educativa no sólo convalida los estudios sino que, además, ayuda a a su mantenimiento en razón a que es una manifestación de esa libertad de enseñanza y a que en él estudian jóvenes

que, al tiempo que ejercen su derecho -o el derecho de los padres- a elegir el tipo de educación, cooperan con el sector público en materia educativa.

Pues bien, tras el concierto y las reformas legales que se fueron produciendo siguió disfrutando del concierto y, por tanto, además de prestar los servicios educativos bajo la supervisión de la inspección de enseñanza, ejercía la docencia cooperando con la labor educativa desde sus propios planteamientos que, en este caso, incluía la segregación por sexos en las aulas.

A partir de un determinado curso, la Administración quiso obligarles a que los grupos fueran mixtos, a lo que el centro se negó, entre otras cosas porque, además de formar parte de su filosofía pedagógica, se podía constatar que las chicas maduran antes y en las etapas tempranas disponen de más recursos intelectuales que los chavales de la misma edad; por otro lado -alegaban- dicha segregación por sexos no generaba ningún problema, ninguna queja por parte de los padres (que voluntariamente matriculaban en el centro a sus hijos) ni ningún deterioro formativo atendiendo a los criterios con que la Inspección realizaba periódicamente sus protocolos de control de la formación académica.

Al no aceptar la agrupación de los estudiantes, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha les retiró el concierto educativo, con la consiguiente merma de ingresos para el centro docente, al imponer a los centros públicos y privados concertados, la educación mixta[426].

Pues bien, comprobamos cómo, una vez más, el Estado impone sus criterios -en este caso en materia pedagógica- condicionando los conciertos económicos, lo que puede afectar negativamente al centro y a su profesorado por la disminución de matrícula, la libertad de creación de centros docentes, los derechos de los padres a elegir la educación que desean para sus hijos[427], etc., lo que de alguna manera afecta, por un lado, a la libertad de empresa en cuanto que cercena derechos fundamentales de la misma, y, por otro, a determinados derechos de profesores y padres de alumnos, pudiendo tener consecuencias en el ámbito laboral, aunque sean de forma indirecta. Dicho con otras palabras, la laicidad del Estado, lejos de ser entendida como una actitud neutra frente a las religiones, los sistemas de creencias o las ideologías, queda convertida, en realidad, en una apuesta dogmática sobre unos principios que el Estado impone tanto en el sector público como en el privado-concertado, condicionando la

[426] L. O. 3/2020, de 29 de febrero.
[427] Art. 27 de la Constitución.

libertad de empresa, restringiendo los derechos inherentes a la educación, afectando a las relaciones laborales y, por supuesto, comprometiendo los derechos de los padres a elegir la educación que consideren más adecuada para el desarrollo de sus hijos.

También de forma indirecta el Estado y las Comunidades Autónomas, las Diputaciones provinciales, los municipios y, por supuesto, los órganos autónomos públicos, las sociedades mixtas, etc., al intervenir, condicionar e imponer un sistema jurídico-ideológico, invaden la esfera privada, alterando las relaciones laborales y privando en cierto modo, tanto al empleador como al trabajador, de una libertad mayor; pero, en lo que a nosotros interesa, lo que demuestran los casos traídos a colación es el progresivo intervencionismo político, ideológico, jurídico, social y, a la postre, también económico y empresarial que realiza progresivamente el Estado, con las consecuencias que de ello puedan derivarse en los ámbitos profesionales, pedagógicos, formativos…, así como en las relaciones laborales.

VII. ESTUDIO DE ALGUNOS CASOS CONCRETOS Y SENTENCIAS

La casuística que la materia ofrece es potencialmente ilimitada, así pues, basta un ejemplo ocurrido en España para entender su interés, aunque el tema escape de algún modo el ámbito laboral.

Hace no demasiados años, una asociación de ateos decidió contratar los servicios publicitarios de la empresa encargada de gestionarlos a fin de incluir en la línea de autobuses urbanos de Valencia consignas y eslóganes contrarios de algún modo a Dios o predicando su inexistencia.

Como se puede imaginar, tan pronto comenzaron a circular dichos autobuses por las calles de la citada ciudad, una madre que llevaba a su hijo a la parada del autobús para que fuera al colegio se vio sorprendida ante las proclamas ateas incorporadas en la zona destinada a publicidad en dichos vehículos. Evidentemente, tanto su hijo como cualquier menor de edad escolarizado podía leer los eslóganes reproducidos en el exterior de los autocares, lo que consideró una ofensa a sus sentimientos religiosos, por un lado y, por otro, la invasión de su intimidad y la de su hijo, habida cuenta que era absolutamente imposible impedir la lectura de dichas frases por parte de cualquier viandante, usara o no la línea pública de transporte urbano.

Las relaciones jurídicas eran complejas porque dicho servicio había sido contratado por el Ayuntamiento y la empresa de transporte urbano que se había

adjudicado la contrata había vendido a otra los derechos de publicidad en el exterior de los vehículos y es con esa empresa con la que había contratado el grupo o asociación de ateos, agnósticos o existencialistas; así pues, las relaciones jurídicas existentes afectaban a una corporación de Derecho público: el ayuntamiento, dos entidades mercantiles, la de transporte urbano y la publicitaria, un ente asociativo y unos usuarios que podrían no serlo pues nada evitaba la lectura del mensajes.

En el caso descrito la resolución del conflicto se resolvió de forma extrajudicial al prohibir el citado ayuntamiento a la empresa de transporte incluir dicho tipo de publicidad y aceptar ésta dicha condición; ciertamente en el caso no existía relación laboral alguna, pero podría haberla habido, obligando al jurista a dar una respuesta adecuada al problema planteado.

Sucedió también en España que el sacerdote de la parroquia de Valverde del Camino, homosexual, mantenía relaciones amorosas con un compañero de vida. Aunque el célibe y su amante estaban en estado de soltería el problema surgió cuando dicho sacerdote, q.e.p.d., terminó en los platós de televisión hablando de su homosexualidad, de su amor y de cómo él compatibilizaba la adoración a Dios y su condición sacerdotal con su vida en pareja. También en este caso, tras un expediente interno, el obispo decidió suspenderle del oficio clerical, lo que supuso la pérdida de sus retribuciones, con los consiguientes efectos a nivel de cotizaciones...

En el caso español, los salarios de los sacerdotes salen del erario público, pero es la Iglesia, a través de las diócesis, las que realizan los pagos, cotizan a la Seguridad Social por los mismos, etc.; de ello se deriva que, suspendidos o cesados en sus actividades ministeriales, la Iglesia no tiene obligación alguna de seguir dando una retribución por un servicio que ya no prestan; así pues, podemos comprobar cómo en un país laico, como es el español, el régimen jurídico acordado con la Iglesia católica condiciona las relaciones sobre las que gravitan determinados derechos de los "empleados" al servicio del Estado o de sus Administraciones hasta el punto de admitir situaciones contrarias al propio orden público español, que prohíbe taxativamente la discriminación por razón de sexo o de orientación sexual[428].

He de señalar en este caso que, muy probablemente, de no haber actuado en público, defendiendo su condición de homosexual haciendo público el hecho de tener pareja estable, no hubiera pasado nada. La homosexualidad en la Iglesia católica es

[428] Art. 14 de la Constitución española.

tema que no procede examinar ni sucintamente siquiera en esta sede; sin embargo, el hecho de hacer cierta gala de ello, darle publicidad y, tal vez, cobrar por asistir a los programas de televisión que fueron, por cierto, de máxima audiencia, determinó una decisión que sólo nos incumbe abordar en cuanto que juristas para verificar, una vez más, cómo tanto en las relaciones laborales como en otras que se puedan asimilar a aquéllas, el Derecho actúa de forma dependiente de aspectos tan variables como los Acuerdos que tengan suscritos cada Estado con las confesiones religiosas y, al mismo, tiempo, la aplicación del ordenamiento jurídico de la confesión respectiva; pues bien, como se ve, esta materia es potencialmente infinita, sin que sea siempre fácil dar una respuesta ajustada a cada caso por la existencia de derechos, principios y situaciones en liza, entre otras cosas porque en ellos no opera la cláusula de orden público[429].

VIII. ALGUNOS CRITERIOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS A MODO DE CONCLUSIONES

La atipicidad de los temas tratados más arriba obliga a los juristas a realizar un colosal esfuerzo para armonizar los derechos en liza, respetando los principios sobre los que se edifica el ordenamiento jurídico de cada Estado, por un lado, pero también la aplicación efectiva de los derechos y libertades fundamentales, por otro y, al menos, asimismo, la autonomía de las confesiones religiosas, principio básico de todo ordenamiento democrático que se precie.

Sucede, sin embargo, además, que debemos tener en cuenta otros factores que en principio podrían resultar exógenos o ajenos a la relación laboral, como son, por ejemplo:

- Las actividades, acciones, declaraciones… de los trabajadores fuera del centro de trabajo.
- La posibilidad de que se produzcan quejas, reclamaciones, rescisiones de contratos… por parte de clientes o terceros vinculados con la empresa de tendencia.
- La posibilidad de que se produzcan cambios en la titularidad de la empresa, su dirección o gerencia.
- El cambio de religión o la conversión del trabajador.

[429] Como no opera, tampoco, al discriminar la Iglesia a la mujer al impedirle el acceso al sacerdocio, por ejemplo.

- Lo mismo respecto al empresario.
- La naturaleza de la empresa llamada "neutra".
- Los fines de la entidad.
- El hecho de que el ente empleador reciba fondos públicos para su funcionamiento.

Pues bien, respecto del último de los incisos, como acertadamente ha señalado el Profesor MOTILLA (2017), "si la empresa ideológica recibe fondos públicos es lógico que deba aproximarse a los *standares* de pluralismo y no discriminación del Estado y sus instituciones. En ellas la incidencia de los factores discriminatorios ha de justificarse en razones de mayor peso"[430].

Por las mismas razones, si el ente al que se sirve no es directamente la estructura orgánica de esa Iglesia o Confesión, sino un centro creado por ella, esa relación más débil debilita asimismo el vínculo que une a la empresa con el trabajador, de manera que la regla anterior puede admitir excepciones en función de las circunstancias concretas del caso.

Esa otra relación estará afecta por el tipo de servicio que se presta, por el tipo de entidad a la que sirve, o la naturaleza del empleado, puesto que no es lo mismo que sea un profeso que una persona laica, aunque compartan fe. De igual modo, la existencia de publicidad en el escándalo que pueda producirse, o las quejas de terceras personas, la producción de perjuicios económicos o de imagen comercial, etc., pueden ser tenidas en cuenta[431].

En todo caso, el ente que despide o sanciona debe argumentar y probar las razones que justifican tal decisión. La jurisprudencia europea ha señalado, con razón, que este tipo de decisiones no pueden quedar ajenos al control de los tribunales, y para que se pueda ejercer ese examen de legalidad, por razones de justicia (material y formal) debe haber una causa alegada y probada, que permita a la otra parte refutar y probar lo contrario[432].

---

[430] P. 332.

[431] En este sentido es interesante la cita de la STEDH c. Schüth *v*. Alemania, comentada más arriba. El Tribunal entendió que hubo una violación de su derecho a la vida privada. El grado de lealtad exigible está en función del trabajo que se desempeña, que no era otro que el de músico y, por tanto, resultaba ajeno a funciones estrictamente religiosas.

[432] En este sentido la sentencia del TEDH Lombardi Vallauri *versus* Italia, de 20 de octubre de 2009. La no renovación del contrato de un profesor de la Universidad Católica del *Sacro Cuore* de Milán por considerar que sus enseñanzas se oponen a la doctrina católica obliga al ente a demostrar la razón de tal decisión. Obsérvese que, en este caso, no se trata de un despido propiamente dicho sino, simplemente, de la decisión de no renovar un contrato de trabajo.

Sin embargo, no me parece del todo razonable que el TEDH haya utilizado como criterio de resolución de este tipo de conflictos la edad del trabajador o su cualificación a la hora de encontrar un nuevo empleo. Estos aspectos, utilizados en sentencias como la de Schüth y la de Obst contra Alemania, son extraños a criterios puramente legales y entran en aspectos personales que resultan extraños al ente empleador y a la suerte final del fallo que merezca el supuesto de hecho.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, A. C. (2016), "Derecho de las confesiones religiosas a la selección del personal por las creencias religiosas", en *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral*, ed. Comares, Granada, 183-223.

BELTRÁN, P. (2016), "Discriminación indirecta y religión en el ámbito laboral", en *Derecho y Religión*, vol. XI, 73 a 88.

CANO RUIZ, I. (2016), "Días festivos y de descanso", en *Derecho y Religión*, vol. XI,189-224.

CAÑAMARES, S., (2012) "Autonomía de las confesiones religiosas y discriminación laboral", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 155, 37-69.

CAPARRÓS SOLER, M. C. (2016), "La relación laboral de los profesores de religión en centros públicos", en *Derecho y Religión*, vol. XI, 295-317.

CASTRO JOVER, A. (Dir.) (2019) *Los límites a la autonomía de las confesiones religiosas*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.

CATALÁ, S. (2017), "Autonomía de las confesiones, libertad de empresa y empresas de tendencia", en *La autonomía de las entidades religiosas en el Derecho. Modelos de relación y otras cuestiones*, José María MARTÍ y María del Mar MORENO (Coords.), ed. Dykinson, Madrid, 165-202.

CATALÁ, S. (2019) "El derecho a discriminar por razón de religión en el ámbito de las relaciones laborales", en *Género y no discriminación. Análisis transversal*, Martha E. MONSALVE (Coord.), ed. Alderabán, ILTRAS y OISS, Cuenca, 325-346.

COGLIEVINA, S. (2016) "Diritto antidiscriminatorio e religione nel diritto dell´Unione Europea", en *Derecho y Religión*, vol. XI, 51-72.

DOE, N. (2016), "*Law and Religion in the Worlplace: The United Fingdom*", en *Derecho y Religión*, vol. XI, 89-108.

GARCÍA-PARDO, D. (2016), "La discriminación religiosa en el ámbito laboral en la jurisprudencia de Estrasburgo", en *Derecho y Religión*, vol. XI, 11-50.

GARCIMARTÍN C. (2016), "Libertad religiosa y no discriminación en el ámbito laboral en Estados Unidos", en *Derecho y Religión*, vol. XI, 137-162.

GONZÁLEZ, J. (2019), *Autonomía de las iglesias y sindicatos de ministros de culto. Contexto, análisis e implicaciones de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos en el caso <Sindicatul "Pastorul Cel Bun" c. Rumanía>*, ed. Aranzadi, Cizur Menor.

GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M. (2019) *La libertad religiosa del trabajador*, ed. Tirant lo blanch, Valencia.

GONZÁLEZ, M. (2019), *Las confesiones religiosas minoritarias en la jurisprudencia española*, ed. Comares, Granada.

GONZÁLEZ M. (2016) "Cláusula de conciencia periodística y confesiones religiosas", en *Derecho y Religión*, vol. XI, 347-357.

LARONZE, F. (2016), "*Liberté de religion et non discrimination en Droit du travail français*", en *Derecho y Religión*, vol. XI, 109-124.

LÓPEZ, A. (2002), *La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor.

LÓPEZ, E. (2014), "La libertad religiosa en las relaciones laborales conforme a la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXX, 499-559.

MALDONADO, J. P. (2006), *Las actividades religiosas ante el Derecho del Trabajo*, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor.

MARTÍ, J. M. (2016) "El reconocimiento de la objeción de conciencia en el ámbito laboral: derecho de libertad ideológica/religiosa *versus* derecho a la organización de la empresa del empresario", en *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral*, ed. Comares, Granada, 257-291.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2017), "La autonomía religiosa y la vida privada de los profesores de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo: El caso Fernández Martínez", en María MORENO ANTÓN (Coord.), en *Sociedad, Derecho y factor religioso", Estudios en honor del profesor Isidoro Martín Sánchez*, ed. Comares, Granada, 373-390.

MAZZOLA, R. (2016), "*Libertá religiosa e non discriminazione in ámbito lavorativo in Italia*", en *Derecho y Religión*, vol. XI, 125-136.

MORENO, M. M, (2016) "Libertad religiosa y no discriminación del personal al servicio de las confesiones religiosas, en *Derecho y Religión*, vol. XI, 279-295.

MOTILLA, A. y CATALÁ, S. (2012), *Empresa, trabajo y factor religioso. El fenómeno religioso en el ámbito laboral y empresarial*, Editorial Académica Española, Saarbrücken.

MOTILLA, A. (2014), "La protección de la libertad religiosa y la lucha contra la discriminación por razón de religión o convicciones en los organismos internacionales", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXX, 615-673.

MOTILLA, A. (Coord.) (2016), *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral*, edit. Comares, Granada.

MOTILLA, A. (2016), "Vestimentas y símbolos religiosos en el Derecho laboral español", en *Derecho y Religión*, XI, 251-278.

MOTILLA, A. (2017) "Excepciones a la prohibición general de discriminar por motivos ideológicos o religiosos en el ámbito laboral", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXXIII, 317-341.

PALOMINO, R. (2017), "Profesores de religión en la escuela pública: autonomía de los grupos religiosos y neutralidad del Estado", en María MORENO ANTÓN (Coord.), en *Sociedad, Derecho y factor religioso", Estudios en honor del profesor Isidoro Martín Sánchez*, edit. Comares, Granada, 525-539.

RUANO, L. (2016) "Despido del trabajador, por confesión religiosa o institución dependiente de ella, debido a actos o conductas doctrinalmente divergentes", en *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho de libertad religiosa en el ámbito laboral*, edit. Comares, 141-182.

SALIDO M. (2016), “Libertad religiosa y no discriminación en el ámbito laboral en España: Legislación y convenios colectivos”, en *Derecho y Religión*, XI, 163-188.

VALDÉS, F. (2006), “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, en CASAS M.E. y otros (Coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española: Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, edit. La Ley, Madrid, 565-613.

VALERO, M. J. (2022), *Neutralidad del Estado y Autonomía religiosa en la jurisprudencia de Estrasburgo*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia.

VIDAL, M. (2016) Convicciones religiosas y conflictividad laboral a propósito de las festividades religiosas, *Derecho y Religión*, XI, 225-249.

LA REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESES DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS ANTE LOS DESAFÍOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO[433]

Sarai Rodríguez González[434]

Sumario: *1. Introducción. 2. El derecho de información de la representación de las personas trabajadoras: su reformulación en clave medioambiental. 3. El derecho de la representación de las personas trabajadoras a la consulta en materia medioambiental. 4. Los derechos de información y consulta en la Directiva (UE) 2024/1760. 5. La necesaria existencia de figuras específicas de representación de los intereses de las personas trabajadoras en materia medioambiental. 5.1. El delegado de medioambiente. 5.2. El comité de medioambiente. 6. Consideraciones finales. 7. Bibliografía.*

1. Introducción

Las repercusiones medioambientales derivadas de los efectos del cambio climático no solo afectan al entorno natural y a la ciudadanía, sino que, de manera específica, impactan en las personas en el desarrollo de su trabajo (OIT, 2018; OIT, 2023). Las personas trabajadoras y, específicamente, sus representantes a nivel de empresa o centro de trabajo constituyen «aliados imprescindibles a la hora de llevar a cabo la transición justa» (Álvarez, 2022: 114). La vinculación de las personas trabajadoras con la sostenibilidad ambiental no solo responde a su participación en procesos productivos que generan un impacto ambiental negativo, sino también a los efectos nocivos para la salud que enfrentan en los casos en que exista una gestión ambiental inadecuada por parte de la empresa o derivados del deterioro del entorno (Martín- Pozuelo, 2023:15). De esta interconexión se colige la necesidad de involucrar a las personas trabajadoras en la mitigación de los impactos ambientales de las empresas, ya que pueden desempeñar un papel fundamental como agentes de cambio

[433] Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación: PID2021-124045NB-C32. Las estrategias de las organizaciones sindicales y el papel de los interlocutores sociales en el proceso de transición justa, cambio climático y respeto del medio ambiente.
[434] Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de La Laguna.

en la transición hacia un modelo productivo sostenible y en la lucha contra el cambio climático[435].

A mayor abundamiento, la participación de las personas trabajadoras y sus representantes en las cuestiones medioambientales de las empresas se ha considerado como premisa ineludible para el trabajo decente (Pérez, 2020:113) y un elemento crucial en la negociación sobre las medidas para mitigar los efectos del cambio climático y también para conocer, supervisar y garantizar el cumplimiento de los compromisos asumidos por las empresas en esta materia. Todo ello refuerza el papel de estos representantes como interlocutores clave, fomentando un «espacio privilegiado» para el desarrollo de nuevas dinámicas de colaboración entre los actores sociales, cimentadas en principios de implicación y corresponsabilidad (Monereo y Rivas, 2010:188).

Las competencias de información y consulta conferidas por la regulación vigente a la representación de las personas trabajadoras son genéricas e insuficientes para acometer los retos derivados del actual escenario de emergencia climática, algo que no ha sido corregido con la determinación deseada por la Estrategia de Transición Justa-2020 (Canalda, 2021). En consecuencia, resulta fundamental reformular el derecho a la participación de los representantes de las personas trabajadoras con el objetivo de garantizar una transición ecológica justa (Álvarez, 2022: 95). A tal fin, se requiere acometer una reforma normativa que integre la sostenibilidad en el ámbito laboral y dote a las personas trabajadoras de herramientas jurídicas y organizativas eficaces para participar en la gestión medioambiental de las empresas (Chacartegui, 2021: 106).

2. El derecho de información de la representación de las personas trabajadoras: su reformulación en clave medioambiental

La promoción de la participación de las personas trabajadoras en materia de medioambiente precisa, en primer lugar, dotar a los representantes de las personas trabajadoras de competencias específicas de información en esta materia. Con este propósito, se procede a la revisión del actual marco normativo vigente en el Estatuto

[435] En este sentido, el objetivo 47 de la Asamblea Ciudadana del Cambio Climático, dirigido a «fomentar la implicación y participación de las personas trabajadoras», incluye varias recomendaciones orientadas en esta dirección (recomendaciones núm. 131, 132, 133 y 134).

de los Trabajadores (en adelante, ET[436]), formulando propuestas orientadas a la reformulación de las previsiones en clave medioambiental.

El artículo 64.1 ET reconoce el derecho de la representación legal a ser informada y consultada sobre cuestiones que puedan impactar, directa o indirectamente, en las relaciones laborales. Entre estas cuestiones destacan, indudablemente, las repercusiones específicas del cambio climático en la actividad empresarial o en el sector productivo, así como las estrategias adoptadas para mitigar sus efectos (Gárate, 2020:156). Ahora bien, resulta imprescindible reformular este precepto incorporando las cuestiones medioambientales, fortaleciendo así el papel de la representación laboral en la sostenibilidad empresarial, promoviendo una mayor integración de las preocupaciones medioambientales en las decisiones corporativas (Canalda, 2021:14).

Por su parte, el artículo 64.2.b ET prevé el derecho de la representación de las personas trabajadoras a ser informada trimestralmente sobre «*la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades, incluidas las actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo, así como sobre la producción y ventas, incluido el programa de producción»*. Como puede apreciarse, este derecho de información se encuentra limitado a «l*as actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo*» (art. 64.2.b ET), imponiendo a la empresa una obligación de mera comunicación *ex post* de las actuaciones o decisiones empresariales medioambientales solo en aquellos casos en los que exista una vinculación directa y perjudicial con el empleo (Marín, 2015). Se excluyen, por tanto, otras posibles repercusiones asociadas a actuaciones empresariales que no estén directamente conectadas con el medioambiente[437], a lo que se suma la posibilidad de que la empresa puede hacer valer la excepción prevista en el art. 65.4 ET para no transmitir a representación de las personas trabajadoras determinada información relativa a concretos parámetros ambientales. A ello se añade otra importante condición pues la actual redacción parece conferir exclusivamente a la empresa la potestad para adoptar medidas de protección ambiental, relegando a un

[436] Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255, del 24)
[437] Sobre la interpretación estricta de los derechos de información, STS de 2 de noviembre de 1999 (rec. 1397/1999).

plano secundario cualquier participación activa de las personas trabajadoras o sus representantes (Álvarez, 2022:114).

Con el fin de superar las limitaciones de la redacción actual, se ha señalado la necesidad de formular en términos más amplios el derecho del apartado b) del artículo 64.2 ET para que la empresa informe «sobre la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades, incluidas sus consecuencias medioambientales» estableciendo el deber empresarial de «facilitar los datos ambientales periódicos necesarios para detectar situaciones anómalas en este aspecto» (Martín-Pozuelo, 2023:30).

Por otra parte, a la luz del reciente informe *Garantizar la seguridad y la salud en el trabajo en un clima cambiante*[438] (OIT, 2024) resulta imprescindible reexaminar el derecho a la información periódica que corresponde a la representación legal de las personas trabajadoras *ex* art. 64.2.d) ET con el fin de mejorar su participación en el diseño e implantación de políticas de salud y seguridad adaptadas a los actuales desafíos de la emergencia climática. Así, la información trimestral que debe proporcionarse sobre el índice de absentismo y sus causas, los accidentes laborales, las enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, así como los estudios del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención empleados, debe incorporar un enfoque integral que contemple las nuevas realidades climáticas y sus implicaciones para la salud y la seguridad en el trabajo. La recopilación y análisis de datos sobre el absentismo deben incluir una evaluación detallada de los factores climáticos que puedan influir en el aumento de las ausencias laborales, tales como la incidencia de enfermedades relacionadas con el calor extremo, las alergias estacionales agravadas por cambios ambientales o los problemas de salud derivados de catástrofes naturales.

Por otro lado, es fundamental identificar la influencia de las condiciones climáticas extremas (olas de calor, tormentas o inundaciones) en los accidentes laborales, y controlar la evolución de las enfermedades profesionales que puedan estar vinculadas a cambios en el medioambiente, como enfermedades respiratorias

[438] El citado informe subraya que el cambio climático no solo intensifica los riesgos laborales ya existentes, sino que introduce nuevas amenazas relacionadas con temperaturas extremas, catástrofes naturales, enfermedades emergentes y degradación ambiental (entre ellas, cáncer, enfermedades cardiovasculares, enfermedades respiratorias, disfunciones renales o afecciones mentales).

relacionadas con la contaminación o infecciones provocadas por vectores que proliferan con el calentamiento global.

Por su parte, los índices de siniestralidad deben desglosarse para reflejar la influencia del cambio climático en los riesgos laborales para facilitar que la representación de las personas trabajadoras pueda contrastar la adecuación de las medidas preventivas específicas adaptadas a cada contexto y sector, tales como los protocolos frente a temperaturas extremas o condiciones meteorológicas adversas.

En cuanto a los estudios periódicos o especiales sobre el medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención empleados, estos deben abordar explícitamente los efectos del cambio climático en el entorno de trabajo, incluyendo, entre otros aspectos: la evaluación de la exposición a temperaturas elevadas, la calidad del aire interior y exterior, el impacto de las catástrofes naturales y las medidas adoptadas para adaptar los lugares de trabajo a estas nuevas condiciones. Asimismo, deben hacer referencia a los mecanismos de prevención destinados a abordar los riesgos emergentes derivados del cambio climático (diseño de sistemas de alerta temprana para fenómenos meteorológicos extremos, adopción de tecnologías sostenibles que reduzcan la exposición a peligros ambientales, etc.) [Igartua, 2024: 1-36)].

Finalmente, se ha destacado la importancia de se permita que la representación de las personas trabajadoras reciba información periódica sobre diversos aspectos relacionados con la actividad de la empresa (art. 64.4 ET), incluyendo: a) la recepción de copia de la documentación que la empresa esté obligada a proporcionar a la administración pública en relación con emisiones, vertidos, generación de residuos, uso del agua y la energía, así como las medidas adoptadas para prevenir accidentes mayores; y b) las novedades normativas en materia de medioambiente y desarrollo sostenible (Martín-Pozuelo, 2023: 30).

3. El derecho de la representación de las personas trabajadoras a la consulta en materia medioambiental

La eficacia del acceso a la información medioambiental debe complementarse con el fortalecimiento de las competencias de consulta y negociación para garantizar una participación significativa en la construcción de un futuro más sostenible en el ámbito empresarial.

En relación con la obligación de consulta respecto a las medidas referidas a las transiciones justas derivadas de la lucha contra el cambio climático, se ha considerado fundamental fortalecer el derecho de la representación de las personas trabajadoras incorporando expresamente en el artículo 64 ET el derecho a emitir informe sobre las implicaciones medioambientales de las actividades empresariales (Martín-Pozuelo, 2023: 31). Esta consulta debe tener carácter preceptivo y sus conclusiones, aunque no vinculantes en todos los casos, deben requerir una justificación razonada en caso de ser rechazadas, evitando así que los informes presentados por la representación sean desestimados sin análisis previo. Se trata, por tanto, de configurar el derecho a la consulta en materia medioambiental como un mecanismo que garantice un diálogo transparente y fundamentado, fortaleciendo el papel de la representación de las personas trabajadoras como agente activo en la construcción de estrategias empresariales sostenibles y responsables. Este mecanismo resulta crucial, ya que obligaría a la representación del personal a adquirir los conocimientos necesarios para elaborar informes fundamentados, así como plantear propuestas concretas que favorezcan la mejora del desempeño ambiental de la empresa, contribuyendo así a su transición hacia un modelo más sostenible.

Considerando las profundas repercusiones que el cambio climático genera sobre sectores, empresas y ocupaciones, así como las adaptaciones que deben acometerse para cumplir con los objetivos establecidos por el Reglamento (UE) 2021/1119[439] y la Ley 7/2021[440], resulta imperativo que en los procedimientos de consulta se dirijan a anticipar o responder a las crisis climáticas, así como a garantizar una transición justa para las trabajadoras y los trabajadores afectados. En consecuencia, se precisa una reforma del segundo apartado del artículo 64.5 ET que extienda el derecho de información y consulta no solo a «*todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa»* sino también «en cuanto a cuestiones medioambientales»*;* y que el derecho a la información y consulta sobre la adopción de eventuales medidas preventivas no solo revista especial necesidad «*en caso de riesgo para el empleo*», sino también «en caso de riesgo para el medioambiente» (Martín-Pozuelo, 2023: 32).

[439] Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) nº 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»). DOUE núm. 243, de 9 de julio.
[440] Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética. BOE núm. 121, de 21 de mayo.

En idéntico sentido, tratando de garantizar una evaluación más integral de las implicaciones de las decisiones empresariales, se plantea la necesidad de que el informe previo que debe emitir el comité de empresa en los supuestos enumerados en el art. 64.5 ET *in fine* incluya también la referencia expresa a las «posibles consecuencias medioambientales que puedan tener tales decisiones empresariales» (Martín-Pozuelo, 2023: 32).

En la actualidad, el marco normativo laboral avanza hacia la incorporación de la perspectiva ambiental como un componente esencial de la seguridad y salud en el trabajo. En consecuencia, parece razonable que el artículo 33.1.a) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales[441] (LPRL), que regula la consulta previa sobre decisiones empresariales relacionadas con la planificación, organización del trabajo e introducción de nuevas tecnologías, se modifique para incluir explícitamente las repercusiones medioambientales, destacando los impactos que los equipos, las condiciones laborales y los factores ambientales puedan tener sobre la seguridad y la salud de las personas trabajadoras, así como sobre el medioambiente. No pueden dejar de destacarse en este punto que algunos convenios colectivos extienden este mecanismo de consulta relativo al impacto en factores ambientales de los cambios en la planificación, organización y nuevas tecnologías implementadas por la empresa no solo a las personas competentes en materia de PRL y medio ambiente sino también a las personas trabajadoras o agentes externos con nociones y experiencia avanzada en la materia (Laabbas-El-Guennouni, 2023:156).

Igualmente resulta imprescindible revisar el artículo 64.7.c) ET con el propósito de suprimir el carácter potestativo de la colaboración entre la representación del personal y la dirección de la empresa en materia de sostenibilidad ambiental. Este precepto dota a la representación de las personas trabajadoras de competencia para *«colaborar con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, así como la sostenibilidad ambiental de la empresa, si así está pactado en los convenios colectivos*». La incorporación del concepto de «sostenibilidad ambiental de la empresa» conectada con la representación de las personas trabajadoras, representó un avance inicial hacia un enfoque más integral y coherente en la materia (Álvarez, 2022: 96). Sin embargo, esta facultad de colaboración tiende, en la práctica, a quedar vacía

[441] BOE núm. 269, de 10 de noviembre.

de contenido pues su efectividad queda condicionada a su inclusión expresa en los convenios colectivos (Garí, 2013:115). Esta dependencia normativa implica que, en ausencia de tal previsión legal, los convenios colectivos también podrían haber contemplado disposiciones similares de forma independiente (Marín, 2015: 397).

Por tanto, parece adecuado eliminar la referencia condicional contenida en la expresión *«si así está pactado en los convenios colectivos»,* manteniendo, no obstante, la posibilidad de que dichos convenios concreten las formas específicas de colaboración. Con esta modificación, la representación del personal adquiriría competencias de colaboración en este ámbito de manera generalizada sin quedar supeditada la habilitación por la negociación colectiva. Asimismo, podría establecerse que esta colaboración suponga—entre otras cuestiones—la facultad de proponer medidas dirigidas a optimizar el desempeño medioambiental de la empresa, exigiendo la obligación empresarial de valorarlas, pudiendo desestimarlas de manera razonada y justificada (Martín-Pozuelo, 2023: 30).

4. Los derechos de información y consulta en la Directiva (UE) 2024/1760

La Directiva (UE) 2024/1760, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad[442] promueve la adopción de un marco legal vinculante para obligar a las empresas a garantizar el respeto por los derechos humanos y el medioambiente en sus propias actividades, así como en las de sus filiales y socios comerciales dentro de sus cadenas de valor (Rojas, 2023: 289; Monereo y Ortega, 2024: 37-97).

En esta Directiva se impulsa el fortalecimiento de los derechos de información y consulta de la representación de las personas trabajadoras en las empresas como un pilar fundamental para la incorporación de la diligencia debida empresarial en todos los niveles de su operación y sistemas de gestión de riesgos (art. 7). A estos efectos debe realizarse en consulta con las personas trabajadoras y sus representantes que incluya: 1) una descripción del enfoque de la empresa a largo plazo en materia de diligencia debida; 2) un código de conducta que establezca normas y principios aplicables a la empresa, sus filiales y, cuando sea pertinente, sus socios comerciales; y

[442] Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 (DOUE de 5 de julio).

3) un proceso para integrar la diligencia debida en las políticas corporativas, incluyendo medidas para garantizar el cumplimiento del código de conducta y su aplicación a los socios comerciales.

Además, la Directiva también destaca la obligación de las empresas de adoptar e implantar un «plan de transición para luchar contra el cambio climático» para garantizar la compatibilidad del modelo de negocio y de la estrategia de la empresa con la transición a una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5ºC en línea con el Acuerdo de París (arts. 1.c) y 22) (Monereo y Ortega, 2024:87). A pesar de que se omite la referencia a la participación de la representación de las personas trabajadoras en el diseño de este plan de transición para luchar contra el cambio climático, que este plan sea sometido a consulta sería un elemento clave para facilitar su implantación en la empresa.

Para dar cumplimiento al conjunto de obligaciones impuestas por la Directiva, las empresas deben adoptar las medidas adecuadas para colaborar de forma constructiva con «*las partes interesadas*» a la hora de llevar a cabo las acciones de diligencia debida (arts. 3.1.n, 5.1.d y 13). Una colaboración efectiva debe incluir el suministro de información pertinente y exhaustiva, así como la realización de consultas continuas que permitan una interacción y un diálogo reales al nivel adecuado. Además, en estos procesos de consulta deben tener debidamente en cuenta los obstáculos a la colaboración y garantizar que las partes interesadas no sufran represalias (Monereo y Ortega, 2024:82).

La colaboración constructiva con la representación de las personas trabajadoras como parte interesada abarca también el establecimiento y mantenimiento de un mecanismo de notificación y un procedimiento de reclamación. En este sentido, el artículo 14.3 prevé que las empresas deben establecer — informando de forma oportuna a los representantes de las personas trabajadoras— «*un procedimiento justo, públicamente disponible, accesible, previsible y transparente para tramitar las reclamaciones (...), en particular un procedimiento para los casos en que la empresa considere que la reclamación es infundada*».

Por otra parte, el artículo 15 contempla la obligación de que las empresas «*lleven a cabo evaluaciones periódicas de sus propias operaciones y medidas, de las de sus filiales y, cuando estén relacionadas con la cadena de actividades de la empresa, de las de sus socios comerciales, con el fin de evaluar su aplicación y supervisar la adecuación y eficacia de las actividades de detección, prevención, mitigación,*

eliminación y minimización del alcance de los efectos adversos». El precepto añade que «*cuando proceda, la política de diligencia debida, los efectos adversos detectados y las medidas adecuadas que de ello se deriven se actualizarán en función de los resultados de dichas evaluaciones y teniendo debidamente en cuenta la información pertinente de las partes interesadas*».

Tanto en este supuesto como en los casos en que la empresa resulte sancionada por detectarse un incumplimiento de las obligaciones previstas en la Directiva (art. 25), la consulta con la representación de las personas trabajadoras se erige en un instrumento clave para configurar y adoptar medidas adecuadas para prevenir, mitigar, eliminar o reducir al mínimo los impactos negativos a lo largo de toda su cadena de operaciones.

5. La necesaria existencia de figuras específicas de representación de los intereses de las personas trabajadoras en materia medioambiental

Una mejor participación de las personas trabajadoras en las cuestiones medioambientales precisa la institucionalización y reconocimiento legal de figuras específicas de representación en materia medioambiental designadas a través de mecanismos adecuados y dotados de garantías suficientes para poder desempeñar sus competencias como actores en las relaciones colectivas de trabajo (Gutiérrez, 2010:125; Monereo, 2009: 481-537).

Se trata, concretamente, del necesario reconocimiento legal de la figura del delegado de medioambiente, inspirado en el delegado de prevención, como un representante específico con competencias exclusivas en cuestiones medioambientales; y el establecimiento de manera obligatoria para empresas de determinada dimensión, de un comité de medioambiente, de modo análogo al comité de seguridad y salud, como órgano paritario de consulta y control para la evaluación periódica del impacto ambiental de las actividades empresariales y la propuesta de medidas correctivas o de mejora.

5.1. El delegado de medioambiente

La intervención legislativa para la creación de la figura del «delegado de medioambiente» o «delegado medioambiental» en las empresas podría representar un paso significativo en la integración de la sostenibilidad ambiental en el ámbito laboral asumiendo las competencias específicas de información y consulta en materia medioambiental y contribuyendo no solo a la protección del medio ambiente interno y externo de la empresa, sino también a la mejora de las condiciones laborales y la sostenibilidad a largo plazo (Canalda, 2021:16-18).

Hasta el momento, su incorporación se ha producido únicamente a través de la negociación colectiva, apareciendo en convenios colectivos de sectores económicos peligrosos, contaminantes o con clara incidencia en el medio ambiente (Gutiérrez, 2010:125). Además, la regulación convencional de esta figura presenta importantes diferencias no solo respecto al desglose sus funciones y competencias sino incluso en la forma de elección o designación. De forma más reciente la figura se ha previsto, entre otros, en el Convenio de la industria Química indicando que «cada organización sindical que ostente la condición de más representativa en el ámbito estatal podrá designar en los centros de trabajo donde tenga presencia en los órganos unitarios de representación de las personas trabajadoras un/a Delegado/a de Medio Ambiente de entre los Delegados de Prevención» (art. 72)[443].

Para salvar las dificultades derivadas de la disparidad de tratamiento existente en la negociación colectiva, se propone delimitar su regulación en un marco normativo unificado (Martín-Pozuelo, 2023:35). Las propuestas sobre regulación legal de esta figura sostienen la conveniencia de que este representante sea designado por y entre los representantes del personal, evitando que pueda coincidir en la misma persona la condición de delegado de prevención y delegado medioambiental, con el fin de evitar una carga de trabajo excesiva que pudiera comprometer el correcto desempeño de ambas funciones, considerando la relevancia y especificidad de cada una (Rivas, 1999:12).

En cuanto a sus competencias, estos representantes tienen la responsabilidad de velar por el cumplimiento de la normativa ambiental y promover prácticas sostenibles en la empresa. Su función no se limita a la mera vigilancia, sino que también incluye la colaboración activa con la dirección de la empresa para mejorar la acción medioambiental, fomentar la cooperación de las personas trabajadoras en el

[443] XX Convenio colectivo general de la industria química (BOE núm. 17, de 19 de julio de 2021).

cumplimiento de la normativa y ejercer una labor de seguimiento sobre las políticas y objetivos medioambientales establecidos ((Gutiérrez, 2010: 134-137). Entre las principales competencias que los convenios colectivos atribuyen a estos representantes se encuentran, entro otras: el derecho a recibir información sobre la incorporación de tecnología que pueda generar riesgos ambientales, así como sobre el desarrollo de sistemas de gestión medioambiental; la propuesta de medidas para reducir los riesgos ambientales y mejorar la gestión medioambiental de la empresa; o la posibilidad de acompañar a los técnicos en auditorías internas y externas, incluyendo las realizadas por la ITSS y la Inspección Ambiental) (Laabbas-El-Guennouni, 2023:155).

La delimitación legal de las competencias conferidas a estos representantes podría hacerse por analogía a las atribuidas al delegado de prevención en el art. 36 LPRL, incluyendo, al menos, las siguientes (Martín-Pozuelo, 2023:35; Gutiérrez, 2010: 134-137): a) colaboración con la dirección de la empresa en la mejora de la acción medioambiental evitando estrategias empresariales de *greenwhasing;* b) participación en el diseño y desarrollo de acciones formativas en materia medioamebiental dirigidas a la plantilla; c) información y sensibilización a las personas trabajadoras sobre los problemas medioambientales, promoviendo la cooperación en la ejecución y cumplimiento de la normativa medioambiental, así como en las políticas, acciones y objetivos medioambientales establecidos por la empresa; d) vigilancia y control del cumplimiento de la normativa medioambiental, así como de las políticas y objetivos establecidos por la empresa, contribuyendo a su optimización; e) propuesta de medidas: ejercer el derecho de iniciativa para recomendar acciones que reduzcan los riesgos ambientales, minimicen el impacto de las actividades empresariales y mejoren la gestión medioambiental; y f) seguimiento del uso de recursos: monitorizar y proponer mejoras en la utilización de materias primas, recursos naturales y energía, fomentando prácticas más eficientes y sostenibles.

La incorporación de estas competencias no solo promovería una mayor implicación de las personas trabajadoras en la sostenibilidad, sino que también dotaría a las empresas de un mecanismo eficaz para abordar los desafíos ambientales desde una perspectiva colaborativa y estratégica. La capacidad propositiva de los delegados de medioambiente, junto con su rol de vigilancia y formación, fortalecería significativamente la cultura ambiental en el entorno empresarial, facilitando el cumplimiento de la normativa vigente y la consecución de objetivos medioambientales más ambiciosos (Martín-Pozuelo, 2023:36). Además, no puede olvidarse que, en su

calidad de representantes de las personas trabajadoras, los delegados de medioambiente estarían amparados por las garantías inherentes a esta condición y tendrían la obligación de guardar secreto profesional respecto a la información a la que tengan acceso en el ejercicio de sus funciones (art. 65.2 ET).

La carga de trabajo y la tecnicidad de las funciones atribuidas a estos representantes demandan una gran implicación y dedicación, lo que puede ser un desafío si no se cuenta con el apoyo y los recursos necesarios. Por ello, la creación de esta figura requerirá que las empresas aseguren tanto la disponibilidad de recursos como una formación especializada en materia medioambiental, elementos indispensables para el adecuado ejercicio de sus funciones (Gutiérrez, 2010: 135). La formación, en consonancia con lo establecido en el artículo 37.2 de la LPRL, deberá ser proporcionada por la empresa, bien a través de recursos internos, bien mediante la colaboración con entidades expertas en la materia. Además, su contenido debería estar en permanente actualización para reflejar los avances en el ámbito medioambiental, garantizando una renovación periódica en función de las necesidades derivadas de los cambios normativos, tecnológicos o sociales (Laabbas-El-Guennouni, 2023). Asimismo, es fundamental que el tiempo destinado a estas actividades formativas se considere como tiempo de trabajo efectivo[444].

Por lo que se refiere al crédito horario reconocido para el desempeño de las funciones representativas, atendiendo a la complejidad y naturaleza técnica de las funciones asociadas al ámbito medioambiental, se plantea la pertinencia de establecer un crédito horario adicional y específico para estos delegados, acumulativo al crédito general reconocido para las labores de representación, y reservado exclusivamente para el desempeño de las actividades relacionadas con las competencias medioambientales.

5.2 El comité de medioambiente

La OIT ha señalado la conveniencia de que las organizaciones constituyan comités medioambientales en los niveles empresarial o sectorial, para «entablar un diálogo sobre las dimensiones medioambientales de la recuperación, así como los

[444] Reconociendo el tiempo de trabajo efectivo de los delegados en reuniones sobre medio ambiente, art.25.a Convenio Ercros (BOE núm. 126, de 31 de octubre de 2022).

aspectos económicos y sociales conexos, como la seguridad y salud en el trabajo, los salarios, las horas de trabajo, la productividad, la resiliencia de las empresas y as competencias» (OIT, 2020). En el mismo sentido, la Asamblea Ciudadana del Cambio Climático incluía entre sus recomendaciones el establecimiento de comisiones mixtas paritarias de trabajadores y empresarios para tratar los asuntos referentes al cambio climático y medio ambiente en la empresa (recomendación 132 dentro del objetivo 47).

En consonancia con estas previsiones, la creación de un «comité de medioambiente», como órgano de naturaleza paritaria y colegiada, inspirado en el modelo del Comité de Seguridad y Salud del artículo 38 de la LPRL, se ha considerado necesario para promover el diálogo entre la empresa y los delegados de medioambiente en empresas o centros de trabajo con cincuenta o más personas trabajadoras o, en su defecto, en aquellas cuya actividad presente una especial sensibilidad medioambiental. La configuración legal de estos órganos representa un avance crucial en el ámbito de la sostenibilidad empresarial, legitimando la participación de la representación de las personas trabajadoras en la gobernanza ambiental, y asegurando que las decisiones adoptadas reflejen un equilibrio entre los intereses empresariales, laborales y ambientales.

En el ámbito de los convenios colectivos de empresa, se ha avanzado significativamente en la creación de este tipo de órganos colegiados dedicados a la supervisión de cuestiones relacionadas con la seguridad, la salud y el medioambiente (Laabbas-El-Guennouni, 2023:153). Estos órganos, habitualmente denominados «Comités o Comisiones de Seguridad, Salud y Medioambiente», tienen como propósito garantizar el cumplimiento de la normativa ambiental, recibir información detallada y actualizada sobre la situación medioambiental de la empresa y participar activamente en diversos aspectos relacionados con la gestión ambiental y la prevención de riesgos.

Entre sus competencias, destaca la facultad de ser informados y de intervenir, a solicitud de cualquiera de las partes, en las investigaciones de accidentes medioambientales graves y muy graves ocurridos dentro de los centros de trabajo. Asimismo, estos órganos participan en la planificación y evaluación de los programas de formación en materia ambiental, aportando propuestas alternativas o complementarias para su mejora. En algunos casos, también tienen la facultad de emitir informes sobre aspectos medioambientales de la empresa, ejerciendo un papel

consultivo de gran valor. Igualmente, estos comités suelen desempeñar un papel activo en la elaboración, implantación y supervisión de planes de acción ambiental, así como en la evaluación continua de las medidas adoptadas.

Por todo ello, en su configuración legal, podrían asignarse al comité de medioambiente: a) la elaboración, implantación y evaluación de planes y programas medioambientales de la empresa; y b) la propuesta de medidas para la reducción del impacto medioambiental de la empresa o la corrección de deficiencias existentes.

Además de las anteriores facultades y en consonancia con las previsiones de la Directiva (UE) 2022/2464 sobre información corporativa en materia de sostenibilidad (CSRD)[445], se plantea la posibilidad de que en el seno de este órgano se discuta y negocie una Estrategia Medioambiental obligatoria que defina las prioridades y objetivos en materia ambiental para la organización. Esta Estrategia debería incluir metas evaluables, un cronograma de ejecución, la asignación de recursos y medios específicos, un sistema de seguimiento y control, así como la definición de roles y responsabilidades para los distintos actores implicados, incluyendo la dirección de la empresa, la representación del personal y la plantilla en su conjunto. Su diseño e implantación contribuirían a alinear los objetivos empresariales con los compromisos globales de lucha contra el cambio climático y sostenibilidad.

En definitiva, este enfoque colaborativo no solo refuerza la capacidad de las empresas para gestionar los riesgos ambientales de manera integral, sino que también fomenta una cultura de corresponsabilidad en la protección del entorno natural (Laabbas-El-Guennouni, 2023:154).

Consideraciones finales

La promoción de la participación de las personas trabajadoras en materia de medioambiente requiere articular medidas dirigidas a institucionalizar canales de representación específicos y fortalecer las competencias específicas de información y consulta con el fin de dotar a los representantes de las personas trabajadoras herramientas eficaces para influir en las decisiones empresariales relacionadas con la sostenibilidad. Estas medidas contribuirán a la creación de un marco normativo que permitirá a los representantes de las personas trabajadoras asumir un rol más activo y

[445] Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas. DOUE núm. 322, de 16 de diciembre.

eficaz en la configuración y supervisión de las estrategias empresariales orientadas a una transición justa, consolidando así su capacidad de influencia en un ámbito de crucial importancia para el futuro laboral y la sostenibilidad ambiental (Chacartegui, 2021:106). En este sentido, se apuesta por la creación de un sistema de gestión integrada de la prevención y seguridad en la empresa a través de la adopción de una Ley Integral General e Integrada de prevención de riesgos y calidad ambiental, que contenga los principios, instituciones y medidas de coordinación necesarias para la tutela del medio ambiente de trabajo y el medio ambiente natural (Monereo, 2009: 481-537).

Dotar a los representantes de las personas trabajadoras de competencias específicas de información e intervención en materia medioambiental generará un impacto positivo en la negociación colectiva, favorecerá una mayor sensibilización de las plantillas y facilitará la adopción de acuerdos que promuevan la sostenibilidad. Ahora bien, su eficacia dependerá del nivel de cooperación de la empresa facilitando información sobre aquellas cuestiones que puedan impactar, directa o indirectamente, en las relaciones laborales, entre las que se incluyen las repercusiones específicas del cambio climático en la actividad empresarial o en el sector productivo, así como las estrategias para mitigar sus efectos (Gárate, 2020: 156).

Sin duda, los cambios propuestos deben promover la participación vinculante de la representación de las personas trabajadoras y redundar en el mejor desempeño de las competencias asignadas en materia de vigilancia y control de las disposiciones legales en materia laboral, de seguridad social y de empleo y, en particular, el seguimiento del cumplimiento de la normativa medioambiental, abarcando los compromisos, políticas y objetivos medioambientales establecidos por la empresa esta función de vigilancia y control incluye la facultad de denunciar ilícitos medioambientales que puedan derivarse de la actividad empresarial. En este sentido, y en consonancia con lo previsto en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción[446], se favorece la capacidad de actuación de las personas trabajadoras y sus representantes como «ciudadanos del ambiente en la empresa» (Escribano, 2021: 119-148) o como denunciantes (*whistleblowers*) de los posibles

[446] BOE núm. 44, de 21 de febrero. Esta Ley transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, sobre la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

daños medioambientales ocasionados por la actividad productiva no solo en perjuicio de las personas trabajadoras, sino también de la sociedad en su conjunto (Álvarez, 2016: 119).

Bibliografía

Álvarez Cuesta, H. (2016). *Empleos verdes: una aproximación desde el derecho del trabajo.* Bomarzo.

Álvarez Cuesta, H. (2022). La lucha contra el cambio climático y en aras de una transición justa: doble objetivo para unas competencias representativas multinivel. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, (469)*, 89-120.

Canalda Criado, S. (2021). La Estrategia de Transición Justa una pieza clave para la aplicación del fondo de recuperación de la UE. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, (74)*.

Chacartegui Jávega, C. (2021). La gobernanza colectiva para una transición eco-laboral justa: el papel de la negociación colectiva. En M. Miñarro Yanini (Ed.), *Cambio climático y derecho social. Claves para una transición ecológica justa e inclusiva* (pp. 97-123). Editorial Universidad de Jaén.

Escribano Gutiérrez, J. (2021). Convenios de transición justa: perspectivas jurídico-laborales. En C. Chacartegui Jávega (Coord.), *Condiciones de trabajo decente para una transición ecológica justa* (pp. 119–148). Tirant lo Blanch.

Gárate Castro, J. (2020). *La representación de los trabajadores y de los empresarios en las relaciones colectivas de trabajo.* Bomarzo.

Garí Ramos, M. (2013). La participación de los trabajadores y trabajadoras en las cuestiones ambientales de sus empresas. En M. P. Rivas Vallejo (Dir.), *Aspectos medioambientales de las relaciones laborales. Participación, salud laboral y empleo* (pp. 111-124). Laborum.

Gutiérrez Pérez, M. (2010). El delegado de Medio Ambiente. *Documentación Laboral, (90)*.

Igartua Miró, M. T. (2024). Transición ecológica: riesgos emergentes y nuevos desafíos preventivos en salud laboral. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales, 14(2)*, 1-36.

Laabbas-El-Guennouni, M. (2023). La negociación colectiva y los agentes sociales como nuevos aliados en la protección ambiental: especial referencia al sector químico. *Temas Laborales, (169)*, 129-160.

Marín Martínez, F. (2015). *Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores* (Tesis doctoral, Universitat de València). Universitat de València.

Martín-Pozuelo, A. (2023). Las personas trabajadoras como actoras en la lucha contra el cambio climático: propuesta de impulso normativo con mirada comparada al derecho francés. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales, 13(1)*, 1-43.

Monereo Pérez, J. L. (2009). Medio ambiente de trabajo y protección de la salud: hacia una organización integral de las políticas públicas de prevención de riesgos laborales y calidad ambiental. *Relaciones Laborales*, (12), 481–537.

Monereo Pérez, J. L., & Ortega Lozano, P. G. (2024). La diligencia debida de las empresas en materia de "sostenibilidad": empresa responsable, trabajo formal y digno, derechos humanos y medio ambiente. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, *13*, 37–97. Laborum.

Monereo Pérez, J. L., & Rivas Vallejo, M. P. (2010). *Prevención de riesgos laborales y medio ambiente.* Comares.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2018). *Transición justa hacia economías y sociedades ambientales sostenibles para todos.* OIT.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2024). *Garantizar la seguridad y la salud en el trabajo en un clima cambiante.* OIT.

Organización Internacional del Trabajo. (2020). *El papel de la OIT en la respuesta al cambio climático y el fomento de una transición justa para todos* (340.ª reunión, GB.340/POL/1, apartado 7). Ginebra: OIT.

Organización Internacional del Trabajo. (2023). *Lograr una transición justa hacia economías y sociedades medioambientalmente sostenibles para todos* (Informe VI, 111.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo). Ginebra: OIT.

Pérez Amorós, F. (2017). Derecho del Trabajo, derecho al empleo y medio ambiente. En L. Mella Méndez (Dir.), *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. Cambios en la relación laboral individual y nuevos retos para el contrato de trabajo (España, Portugal, México, Francia)* (Vol. IV, pp. 209-238). Peter Lang.

Pérez Amorós, F. (2020). Derecho de información de los representantes de los trabajadores en la empresa en materia de medio ambiente: un derecho emergente con futuro. En J. Carreras, S. Haboba, & J. Lobato (Comps.), *Congreso Interuniversitario OIT sobre el futuro del trabajo* (Vol. II, pp. 103–115). Ministerio de Trabajo y Economía Social.

Ramos Quintana, M. I. (2024). Cambio climático y transiciones justas para el mundo del trabajo. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, (110)*.

Rivas Vallejo, M. P. (1999). La protección del medio ambiente en el marco de las relaciones laborales. *Tribunal Social: Revista de seguridad social y laboral*, (103), 9–26.

Rojas Rivero, G. P. (2023). La diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y la participación sindical. *Anuario coruñés de derecho comparado del trabajo, (15)*, 281-303.

"(Whistle)blowing" ... a wind of change: a new strategic opportunity for strengthening workers protection and sustainability

Septimiu Panainte[447]

Abstract[448]***:*** *Whistleblowing is a challenging issue deeply connected to workplace relationships: the inormation on breaches disclosed must be acquired in a work-related context; most of the forms of retaliation are regarding different aspects of employment. Whistleblowing implies rules, rights, protective measures that habitually are not available even for union leaders or workers' representatives.*

The study aims to explore potential functions of whistleblowing: first, as an opportunity to strengthen worker protection (in general and particularly in contexts where unions or workers' representatives are not efficient in performing their duties); and second, as a component of Environmental, Social and Governance (ESG) standards in order to sustain social element and responsible governance. The research employs both quantitative and qualitative analytical methods, using available data related to Directive (EU) 2019/1937 on the protection of persons who report breaches of Union law and the corresponding national laws of EU Member States. It also considers the new Directive (EU) 2024/1760 on corporate sustainability due diligence, which amends Directive (EU) 2019/1937, in order to determine in what situations and to what extent breaches of workers' rights can now be reported. The study follows the methodology of the Organic Law School, a vademecum of tradition for the Robertianum Centre of European Private Law of the Faculty of Law, Alexandru Ioan Cuza University, Iași, Romania.

The consolidated status of whistleblowers and the protection of workers' rights are sustainability matters and part of responsible governance. The research concludes that whistleblowing could be an appropriate tool not only to defend workers' rights, but also to strengthen employers' social responsibility and corporate sustainability. Involving unions or workers' representatives in the process

[447] Faculty of Law – "Alexandru Ioan Cuza" University of Iași, Romania. Director of the Department of Private Law and former Dean of the Law Faculty of Alexandru Ioan Cuza University, Iași, Romania, Associate Professor of Labor Law and Social Security Law, trainer of the National Institute of Magistracy (Romania), national coordinator of Romanian section of Academic Network on the European Social Charter and Social Rights. Author of (selective): The commentary of Art. 28 of ECSR (rev.) in: The European Social Charter: A Commentary, Volume 4, Part II (Articles 20-31), Editors: The Academic Network on the European Social Charter and Social Right, Catarina Santos Botelho, Catarina de Oliveira Carvalho and Ana Teresa Ribeiro, Brill Publishing, 2025; Suspension of the individual employment contract, Bucharest, Hamangiu Publishing, 2024; Individual Labor Law. University Course, 2nd Edition, Bucharest, Hamangiu Publishing, 2021; European Labour Law: Main Directives, CJEU jurisprudence, compliance of national legislation, Bucharest, Hamangiu Publishing, 2017; School of Organic Law, Vol. I, Iași, Junimea Publishing, 2007; Vol. II, Bucharest, Hamangiu Publishing, 2019; Vol. III, Bucharest, Solomon Publishing, 2022 (coord.) Email: septimiu.panainte@gmail.com.

[448] This study is a modest tribute to Valerius M. Ciucă, Professor at the Faculty of Law, "Alexandru Ioan Cuza" University of Iași, Romania, former Judge of the Court of First Instance / General Court of the European Union (2007-2010), an outstanding personality who has mentored many generations of jurists with patience, dignity, generosity and passion.

of investigating claims related to social issues can demonstrate an employer's commitment to fostering a culture that encourages prompt and transparent responses to violations of workers' rights.

Summary: Prolegomena**; **1. Primum dividam (*lectura* – presentation, and, eventually, the *summa* - summary of the targeted text/problem or the essential message); ***2. Secundum ponam casum*** (emphasizing a real or hypothetical case, identifying the immediate connection between the legal abstraction and the conflicting reality); ***3. Tertium historiam regulae explorabo*** (the vertical axis, diachronic perspective, the historical evolution of the rule); ***4. Quartum comparabo*** (the horizontal axis, synchronic perspective, the comparison of related legal texts across different jurisdictions or selected legal systems)*; **5. Quintum colligam*** (multidisciplinary perspective and contextualization in order to discover the extra-legal meanings)*; **6. Sextum opponam et quaestio*** (the dialectical test); **7. Final considerations: *septimum queram, brocardum et de lege ferenda*** (the justifications behind the law and *de lege ferenda* proposals).

Keywords: workers' rights, reporting channels, whistleblowers protection, union leaders and workers representatives, employer sustainability, responsible governance

Prolegomena

Whistleblowing is a provocative issue that has sparked extensive debate, primarily centered on the need for adequate protection of reporting persons - predominantly workers, including civil servants. By reporting breaches of law that harm the public interest, whistleblowers can, under certain conditions, play a key role in preventing and exposing wrongdoing that threatens the welfare of society. Specifically, by disclosing information about corruption and other forms of serious misconduct, whistleblowers often place themselves at significant personal risk. They are also particularly important sources for investigative journalists. As a consequence, effective protection from any form of victimization is essential.

The whistleblowing process is deeply connected to work relationships in both the private and public sectors (for details regarding public and financial services sectors, see Chalouat et al., 2019; ILO Report, TMWBPS/2022). The information disclosed must be obtained in a work-related context. The core reason for providing whistleblowers with protection lies in the power imbalance inherent in the workplace and their economic vulnerability in relation to those on whom they depend for employment. Therefore, certain forms of retaliation relating to the various aspects of

the employment relationship are expressly prohibited under whistleblower protection measures.

The research applies the methodology of the Organic Law School, a traditional approach endorsed by the Robertianum Centre of European Private Law at the Faculty of Law, Alexandru Ioan Cuza University, Iași, Romania (with inherent few small adjustments based on the topic). This hermeneutical method involves a structured sequence of seven steps:

1. *Primum dividam*: the hermeneutical approach begins with the presentation of the legal text as it exists in current regulation, through two sub-phases: a) *lectura* – a complete reading and presentation of the legal text/problem, possibly with interpolation; b) *summa* – a summary of the text/problem, an ideational abbreviation or the essential message.

2. *Secundum ponam casum*: the research continues by presenting a real or hypothetical case, identifying the immediate connection between the legal abstraction and the conflicting reality.

3. *Tertium historia regulae explorabo*: the examination of the first axis of the comparative investigation, the vertical one, a view of the historical scale of evolution and development of the rule of law (the forms of the past).

4. *Quartum comparabo*: the research of the horizontal axis of the comparative examination, it includes references to similar or thematically related legal texts across different jurisdictions or legal systems (the forms of the present).

5. *Quintum colligam*: it supposes to develop legal exegesis through grammatical analysis of the text and/or contextualization from a multidisciplinary perspective (possibly anthropological, sociological, theological, philosophical, economic, political etc.) to uncover extra-legal or obscure meanings.

6. *Sextum opponam et quaestio*: it means looking for possible objections to the reasoning implied by the text and clarifying possible contradictions using the dialectical method divided into three parts: thesis (*pro auctoritas*); antithesis (*contra auctoritas*); synthesis (*dicta*).

7. *Septimum queram, brocardum et de lege ferenda*: the final step supposes to explore the justification behind the legal rule by providing arguments and exceptions, finally considering the general principles, the brocades and, where appropriate, drawing up *de lege ferenda* proposals.

1. Primum dividam (*lectura* – presentation, and, eventually, the *summa* - summary of the targeted text/problem or the essential message)

First, this introductory step emphasizes the EU regulatory framework and the important rules regarding material scope, reporting mechanisms, and protection requirements. Second, it aims to reveal essential message.

1.1. Despite its title, Directive (EU) 2019/1937 (WBD) primarily establishes reporting mechanisms and then, in Chapter VI, outlines the protection of individuals who report breaches of Union law.

The material scope is a critical and sensitive aspect of whistleblowers protection law. It determines what types of misconduct fall under the law and, correspondingly, what type of disclosed information entitles the whistleblower to protection and to a formal response from the organization or competent authority. *Ratione materiae*, the WBD refers to breaches in specific areas of EU law (Article 2 - *Material scope*, para. (1), and Part I of the Annex). Notably, breaches of Union employment law and, in particular, violations of workers' rights are not included. At first glance, it seems somewhat paradoxical that reporting persons cannot disclose breaches of their own rights as workers, violations of whistleblowing regulations, or any prejudicial acts. Article 27, para. 3, of WBD is mentioning the fragile perspective of some future amendments with a view to extending the scope to further acts or areas, considering in particular "the improvement of the working environment to protect workers' health and safety and working conditions". However, when implementing the Directive, some Member States have already chosen to explicitly provide that whistleblowers may specifically consider a breach of labor regulations, widening the scope of national regulation compared to the WBD.

It is also worth emphasizing that Article 4 (*Personal Scope*) of the WBD defines reporting persons primarily as individuals with the status of workers, including civil servants, as understood under Article 45(1) of the TFEU and interpreted by the European Court of Justice (i.e., persons who, for a certain period of time, perform services for and under the direction of another person, in return for which they receive remuneration). It is important to note that reporting persons exercise their right to freedom of expression and information, protected under Article 11 of the EU Charter of Fundamental Rights and Article 10 of the European Convention on Human Rights. According to Article 5 of the WBD, a "reporting person" is a natural person who

reports or publicly discloses information on breaches acquired in the context of their work-related activities. “Work-related context” refers to current or past work activities in the public or private sector through which, irrespective of the nature of those activities, persons acquire information on breaches and within which those persons could suffer retaliation if they reported such information (see para. 7 and 8). Protection also extends to facilitators, colleagues or relatives of the reporting person who are also in a work-related connection with the reporting person's employer or customer or recipient of services.

With regard to the functional aspect of reporting, it can be mentioned that, as a matter of principle, information on breaches may firstly be transmitted through the internal reporting channels and procedures (art. 7-9 of Directive), then through external reporting channels (and exceptionally directly through external channels - art. 10-14 of Directive). For instance, concerning obligation to establish external reporting channels and to follow up on reports (art. 11 of Directive), Member States must designate the authorities competent to receive, give feedback and follow up on reports, and provide them with adequate resources. These authorities must establish independent and autonomous channels for receiving and handling reports, follow up diligently, and provide feedback within a reasonable timeframe, typically not exceeding three months. If a report is received by an authority lacking competence to handle it, the report must be securely transferred to the competent authority within a reasonable period, and the reporting person must be promptly informed.

Whistleblowers must have access to appropriate protection, support and remedial measures.

Legal protection is granted if: (1) reporting person had reasonable grounds to believe that the information on breaches reported was true at the time of reporting and that such information fell within the scope of the law (subjective condition); and (2) reporting person used the designated internal and/or external channels or made a public disclosure in accordance with the law (objective condition). In particular, a person who makes a public disclosure shall qualify for protection only if any of the two conditions set forth in Article 15, para. 1, of the Directive are met, unless a person directly discloses information to journalists pursuant to specific national provisions establishing a system of protection relating to freedom of expression and information.

Article 19 of the WBD imposes that any form of retaliation, including threats and attempts of retaliation, to be prohibited and illustrates some particular forms that

reveals the very strong connection between whistleblowing mechanism and employment relationships (such as dismissal or equivalent measures, imposition or administering of any disciplinary measure, suspension, demotion or withholding of promotion, transfer of duties, change of location of place of work, reduction in wages, change in working hours, intimidation, harassment or ostracism, blacklisting etc.). The Directive further details protection against retaliation in the context of legal liability issues, court or administrative proceedings (including burden of proof), remedial measures, and full compensation for damages suffered by protected individuals.

Article 20 adds that reporting persons are entitled to support measures, such as: comprehensive and independent information and advice, which is easily accessible to the public and free of charge, on procedures and remedies available, on protection against retaliation, and on the rights of the person concerned; effective assistance from competent authorities before any relevant authority involved in their protection against retaliation; legal aid, financial assistance and psychological support etc.

Furthermore, Article 21, para. 2, states that where persons report information on breaches or make a public disclosure in accordance with the law, they shall not be considered to have breached any restriction on disclosure of information and shall not incur liability of any kind in respect of such a report or public disclosure provided that they had reasonable grounds to believe that the reporting or public disclosure of such information was necessary for revealing a breach. It seems that, pragmatically, the balance tends to favor the public interest.

The organic connection between whistleblowing and employment stems from the requirement that the information be acquired in the context of her or his professional activities, as well as the prohibition of work-related retaliation. In addition, it must be examined whether the national implementing laws explicitly or implicitly include violations of labor standards within their material scope.

In a negative sense, the WBD provides that it shall not affect national rules on the exercise by workers of their rights to consult their representatives or trade unions, and on protection against any unjustified detrimental measure prompted by such consultations as well as on the autonomy of the social partners and their right to enter into collective agreements (Article 3, para. 4). Moreover, para. 29 of the Preamble specifies that the WBD should not interfere with national rules on the prerogatives of trade unions and other representatives to defend workers' rights. Exempli gratia, the

WBD should not interfere with the freedom of any representative, if granted, to address directly to a court in the event of an alleged violation of workers' rights.

Nonetheless, it has to be underlined as a positive standard that, without prejudice to the protection that trade union representatives or employees' representatives enjoy in their capacity as such representatives under other Union and national rules, they should enjoy the protection provided for under WBD both where they report in their capacity as workers and where they have provided advice and support to the reporting person (para. 41 of Preamble). However, the whistleblowing mechanism implies rights, rules, operating algorithms, protection, support and remedial measures that usually are not available to union leaders or workers' representatives. Therefore, granting them access to the whistleblowing mechanism and protection system, even based solely on their existing status as workers, is both justified and important.

1.2. Additionally, the new Directive (EU) 2024/1760 on corporate sustainability due diligence (CSDDD), which amends Directive (EU) 2019/1937 and Regulation (EU) 2023/2859, is highly relevant to this study. This Directive sets out rules concerning companies' obligations to address actual and potential adverse human rights impacts with respect to their own operations, the operations of their subsidiaries, and the operations carried out by their business partners in the chains of activities of those companies. Importantly, it does not affect existing obligations in the areas of human, employment and social rights. Also, in cases where this Directive conflicts with another Union legislative act pursuing the same objectives but with more specific or extensive obligations, the other act prevails with respect to those obligations (Article 1).

Ratione personae the scope of this directive is limited to certain big companies, especially those that had more than 1 000 employees on average and had a net worldwide turnover of more than EUR 450 000 000 in the last financial year for which annual financial statements have been or should have been adopted (see Article 2 and Article 37 regarding transposition).

The Directive aims to cover human rights, including all five fundamental principles and rights at work as defined in the 1998 ILO Declaration on fundamental principles and rights at work. For meaningful contribution to the sustainability transition, due diligence under this Directive should be carried out with respect to adverse human rights impacts on persons resulting from the abuse of one of the rights as enshrined in the international instruments listed in Part I, Section 1, of the

Directive's Annex (para. 32 of the Preamble). Although there is complementarity between Section 1 (*Rights and prohibitions included in international human rights instruments*) and Section 2 (*Human rights and fundamental freedoms instruments*) of Part 1 of the Annex, otherwise explained in Preamble, it can be noted that the Directive deals with a limited material scope: only some social rights are selected, very important indeed. Particularly, the Annex is mentioning The International Labour Organization's core/fundamental conventions: Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87); Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98); Forced Labour Convention, 1930 (No. 29) and its 2014 Protocol; Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No 105); Minimum Age Convention, 1973 (No. 138); Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (No. 182); Equal Remuneration Convention, 1951 (No. 100); Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111).

According to Art. 5 (Due diligence), Member States must ensure that companies conduct risk-based human rights and environmental due diligence by carrying out multiple listed actions. Especially relevant to this study is that the CSDDD imposes two new reporting channels (Article 14 and 26), which must be considered external reporting channels in the sense of the WBD. Article 14 requires companies to establish and maintain a reporting mechanism and complaints procedure. This mechanism implies that complaints may be submitted to companies by natural or legal persons who are affected or have reasonable grounds to believe that they might be affected by an adverse impact (and the legitimate representatives of such persons on behalf of them, such as civil society organizations and human rights defenders) and by trade unions and other workers' representatives representing natural persons working in the chain of activities concerned.

Article 14 of CSDDD also proclaims that companies must establish a fair, publicly available, accessible, predictable and transparent procedure for dealing with the complaints and inform the relevant workers representatives and trade unions of that procedure. Additionally, companies must take reasonable measures to prevent retaliation by ensuring the confidentiality of the person or organization submitting the complaint, in accordance with national law. Petitioners are entitled to be provided by the company with the reasons a complaint has been considered founded or unfounded and, where considered founded, with information on the steps and actions taken or to be taken.

1.3. Summa: essentially, whistleblowers report in good faith information acquired in a work-related context about wrongdoing that threatens the public interest; reporting leads to an increased risk of victimization, so adequate protection must be provided.

2. Secundum ponam casum (emphasizing a real or hypothetical case, identifying the immediate connection between the legal abstraction and the conflicting reality)

Industry 4.0 has brought significant changes to the workplace and challenges for those involved in individual and collective labor relations, as well as for legislators. Nowadays, unions still have to try to safeguard workers' rights and interests in the transition to an economy largely based on automated production and digital services. But, the power of unions has been in decline for the past decades. There are multiple reasons for this phenomenon: the right to organize is facing a reality in which the notion of "worker" seems rather blurred; digitalization frequently means distance (not only in the physical sense) and appears as a factor of union membership disengagement and "dehumanization" of labor relation; automation reduces the number of human workers in most of the industries; in cases where trade union official recognition or representativeness implies reaching a certain percentage of workers within a workplace, quit often these thresholds are increasingly difficult to be achieved etc. As a result, on the one hand, the need for effective protection of workers' rights is ever greater and, on the other hand, there are unfortunately many cases where unions lack the power to successfully defend workers' rights and interests. Therefore, alternative methods to achieve this goal must be considered.

The premises that can be stated are that unions defend public rather than private interests, and that every set of circumstances for unions to protect workers' rights and promote social justice, in all its forms and components, must be valued (for the versatility of public interest framing across different political systems, see Valentini et al., 2020).

Observing the whole picture of whistleblowing and complaining mechanisms under the two directives mentioned above, some key questions arise about the conflicting legal reality: In what circumstances is it legally possible and/or advisable for a worker to claim a violation of her or his rights through the whistleblowing

mechanism? Furthermore, could it be appropriate for union leaders and workers' representatives to use the whistleblowing mechanism in order to better perform their duties and/or to gain stronger protection? If available, could the complaint mechanism introduced by CSDDD be more useful for the same purposes? If both mechanisms are available, which offers greater efficiency in protecting workers' rights? Could the use of reporting or complaint channels lead to faster resolution and potentially help avoid litigation?

3. Tertium historiam regulae explorabo (the vertical axis, diachronic perspective, the historical evolution of the rule)

Fraud is often difficult to detect and punish, so over time, some countries have relied on citizens to report theft, corruption, and, more recently, corporate misconduct, and have rewarded them for disclosing useful information.

One of the earliest known conceptualizations of whistleblowing is the Qui Tam, which emerged in medieval England (7th century). The term is shortened from the Latin phrase "qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur," meaning "Who sues on behalf of the King as well as for himself" (Black's Law Dictionary, 6th ed., p. 867). The most notable example comes from the year 695 and involves a declaration by King Wihtred of Kent: "If a freeman works during [the Sabbath], he shall forfeit his [profits], and the man who informs against him shall have half the fine, and [the profits] of the labor" (Waxman, 2019).

Whistleblowing has a long-standing tradition in the United States as an expression of a culture of civic responsibility and pragmatism. It has been argued that Benjamin Franklin was among the first American whistleblowers when, in 1773, he exposed confidential letters revealing that the governor of Massachusetts had intentionally misled Parliament to encourage a military buildup in the Colonies (Rowley, 2015). Soon after, in 1778, the Continental Congress passed the first whistleblower protection resolution. It stated that: "It is the duty of all persons in the service of the United States, as well as all other inhabitants thereof, to give the earliest information to Congress or any other proper authority of any misconduct, frauds or misdemeanors committed by any officers or persons in the service of these states, which may come to their knowledge" (George, 2021).

Key milestones in the evolution of U.S. whistleblowing regulations include the False Claims Act of 1863, the Lloyd–La Follette Act of 1912, the Freedom of Information Act of 1966, and the Ethics in Government Act of 1978. In more recent history, significant legislative acts include the Whistleblower Protection Act of 1989, the Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012, and the Notification and Federal Employee Antidiscrimination and Retaliation (No FEAR) Act of 2002. These laws particularly focus on federal employees who disclose information or evidence of government illegality, waste, or corruption and aim to provide them with strong protection against dismissal, demotion, pay cuts, discrimination, and other forms of retaliation.

With regard to the recent history of whistleblowing in Europe, a minimum standard of protection could be found in the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR), which has held that whistleblowing falls within the scope of freedom of expression protected by Article 10 of the European Convention on Human Rights. In particular, when considering disputes involving freedom of expression in the context of professional relationships, the Court has found that the protection extends to the workplace in general (ECtHR, *Kudeshkina v. Russia*, 2009). It has also pointed out that Article 10 is not only binding in the relations between an employer and an employee when those relations are governed by public law but may also apply when they are governed by private law (see, for instance, ECtHR, *Palomo Sánchez and others v. Spain*, 2011).

The landmark case is *Guja v. Moldova* (2008), in which the Grand Chamber set out for the first time the criteria for assessing whether, and to what extent, an individual disclosing confidential information obtained in her or his workplace can rely on Article 10 protection. The Court refined and developed the Guja criteria in case *Halet v. Luxembourg* (2023). Specifically, when judging the proportionality of the interference with an employee's right to freedom of expression in relation to the legitimate aim pursued, the Court, has had regard to the following six criteria:

a) availability of alternative reporting channels (it has to be determined whether, in the light of the duty of discretion owed by an employee towards her or his employer, the information was made public as a last resort, following disclosure to a superior or other competent body or authority unless this option is clearly impracticable; it is also important to consider whether any other effective means of remedying the wrongdoing were available to employee);

b) the public interest in the disclosed information (it has to be established whether public interest is important enough to "override a legally imposed duty of confidence");

c) the authenticity of the disclosed information (it has to be determined whether the individual acted in the belief that the information was true; any person who chooses to disclose information must carefully verify, to the extent permitted by the circumstances, that it is accurate and reliable – in particular if the person concerned owes a duty of discretion and loyalty to his or her employer and if disclosing the information could affect the reputation of private individuals);

d) the detriment to the employer (it has to weigh the damage, if any, suffered by the employer as a result of the disclosure in question and assess whether such damage outweighed the interest of the public in having the information revealed);

e) the good faith of the whistleblower (it has to be determined whether the individual acted in the belief that it was in the public interest to disclose the information; an act motivated by a personal grievance or personal antagonism or the expectation of personal advantage, including pecuniary gain, would not justify a particularly strong level of protection);

f) the severity of the sanction (in particular, the penalty imposed on the employee and its consequences it has to be analyzed).

However, prior to 2019 only some of EU Member States had adopted comprehensive legal protection for whistleblowers (for instance, France, Hungary, Ireland, Italy, the Netherlands, Romania, Sweden). Meanwhile, high-profile scandals like the "Panama Papers" and "LuxLeaks" have raised concerns and fueled demands for stronger anti-corruption measures. In this general context, whistleblowing was increasingly viewed as part of the solution. Recognizing both the role and the vulnerability of whistleblowers, the European Union has adopted Directive (EU) 2019/1937 on the protection of persons who report breaches of Union law (WBD), which, as mentioned above, introduces common minimum standards in order a high level of protection to be provided.

4. Quartum comparabo (the horizontal axis, synchronic perspective, the comparison of related legal texts across different jurisdictions or selected legal systems)

At this stage, there are two major aspects to address: first, how the CSDDD and WBD will coexist and be applied; and second, how EU Member States have chosen to implement the WBD, particularly regarding its material scope.

4.1. The implementation of the CSDDD is likely to be a complex and challenging issue. While both the WBD and the CSDDD aim to enhance corporate transparency, accountability, and sustainability, they do so through different material and personal scopes, and via separate reporting and complaints mechanisms that only partially overlap (Huys, 2024).

Both directives use annexes to define their material scopes, which intersect only slightly. The CSDDD amends the WBD in that whistleblowers may report violations of national laws that transpose the CSDDD. Obviously, this cannot mean that the WBD's scope is broadened to include human rights in general. However, the WBD's material scope is significantly broader than that of the CSDDD. In the CSDDD system, even the abuse of labor rights and standards is limited according to those that are explicitly listed in the Annex.

There are also significant differences regarding personal scope. With regard to union representatives and employees' representatives, it has previously been emphasized that under the WBD, they enjoy the protection both where they report in their capacity as workers and where they have provided advice and support to the reporting person (para. 41 of Preamble). But, overall, the objective of the norm is to expand the scope of individuals protected, rather than to impose limitations on that area. In addition, it can be observed that, despite the CSDDD, the WBD contains the objective condition of the "work-related context". However, it can be interpreted broadly. Specifically, in the sense of Article 4(1) of the WBD, the phrase "persons who have obtained information on violations in a work-related context" can be interpreted to encompass instances in which union leaders or workers' representatives acquire information in their capacity as representatives, irrespective of whether they possess the legal status of "workers." Therefore, *ratione personae*, it can be considered that all types of workers' representatives can act as forwarders, i.e., they can report breaches through the available channels and are entitled to specific protection, support, and remedial measures. It is also important to note that, in different circumstances, union or employee representatives may be authorized as third parties (addressees) to receive whistleblower reports on behalf of legal entities in both the public and private sectors (para. 54 of the Preamble). Trade unions may even be recipients of public disclosures

made in the exercise of the right to freedom of expression (para. 45 of the Preamble), in order to take action when workers' rights are violated or threatened.

In contrast, the CSDDD permits any affected party—whether a natural person or a legal entity—to use the corporate complaints channel, but only in relation to large and very large companies. Despite its limited personal and material scope, the CSDDD affords greater recognition to unions and workers' representatives than the WBD. These are explicitly authorized to use complaint channels. Also, according to Article 29(3)(d), Member States must ensure—without prejudice to national civil procedural rules—that reasonable conditions are provided for any injured party to authorize a trade union, a non-governmental organization, or, in accordance with national law, a national human rights institution to bring legal action on their behalf.

The submission of a notification or complaint under Article 14 of CSDDD does not preclude or serve as a prerequisite for accessing procedures under Articles 26 and 29 or other non-judicial mechanisms (see para. 7). It can be concluded that the whistleblowing mechanism may also be available to natural persons, if appropriate, taking into account the material scope of the national legislation implementing the two Directives. Thus, theoretically, sometimes the same infringement could potentially be reported using both mechanisms. But it can be challenging for a reporting person to know for sure which one of the two distinct mechanisms, or if both, can be used. Therefore, a system with parallel channels can be confusing, hinder reporting and compromise the effectiveness of the standards.

The protections offered by both directives appear largely similar, although the WBD provides more detailed safeguards.

4.2. Every EU Member State has transposed the WBD into national law, establishing specific requirements for whistleblower reporting channels, employer obligations, and enforcement mechanisms. A comparative analysis of these national regulations reveals a variety of viewpoints, particularly with regard to material scope (for details, Whistleblowing International Network, n.d.).

Some Member States have adopted a minimalistic approach, strictly covering only the breaches required by the directive (e.g., for Greece, see Article 4 of national Law no. 4990/2022, implementing Article 2 and 3 of the WBD). At the opposite extreme, countries like Romania have enacted laws with the broadest possible material scope, covering the reporting of any violation of any law (Article 3 of Law no. 361/2022 on the protection of whistleblowers in the public interest). Most Member

States have opted for a nuanced position, seeking additional benefits from whistleblowing while avoiding generalizations that could lead to a risk of dilution. In general, states have added serious administrative and/or criminal offences to the areas covered by the Directive (for instance Croatia, Czech Republic, Denmark, Germany, Portugal, Bulgaria, Sweden, Slovakia and Spain). In some cases, a report that does not address the areas of the directive should be of public interest - Sweden and the Netherlands, or should concern serious matters, as in case of Denmark (Terracol, 2023, note 33). It should also be noted that Italian law adds to the situations in which the public interest is affected those in which the integrity of the public administration is harmed (see Article 1 - ”Ambito di applicazione oggettivo”, para. 1, of Legislative Decree no. 24 from March 10, 2023).

While a comprehensive and consistent material scope seems desirable, it also comes with risks. Most significantly, it implies that whistleblowers can understand and accurately assess whether a breach constitutes a serious administrative or criminal offense or whether it “threatens the public interest” (for instance, art. 4, para. 1, letter d, of the Croatian Law on the protection of reporting persons). Persons lacking legal training may be discouraged from reporting if this assessment is overly complex.

The point of interest for this research lies in situations where member states have explicitly or implicitly included violations of labor laws or workers' rights within the material scope of their own laws. In Germany, for instance, the material scope of national implementation act is broader then of the WBD and it covers violations of all criminal laws, as well as any laws protecting life, health, or bodily integrity of people, or *protecting the rights of employees or their representative bodies,* provided the violation is punishable by a fine (see German Whistleblower Protection Act of May 31, 2023, as amended by the Act of December 27, 2024, § 2 – ”*Sachlicher Anwendungsbereich”*, (1), para. 2). Bulgaria’s whistleblower protection law also stands out for explicitly including breaches of labor norms (The Bulgarian Law on the protection of persons who report breaches of law, adopted in 2023, art. 4 para. 2, pct. 2). The implicit approach consists in situations where states have chosen to explicitly include violations of constitutional or human rights in general in the material scope of their national law or have taken into account any violation of any law. For example, Article 3(17) of the Polish Law refers to constitutional rights and freedoms of citizens in relation to public authorities; in Latvia, Article 3(1) of the Law of 20.01.2022 on

whistleblowing refers to any violation that harms the public interest in any field, and in particular, inter alia, the violation of human rights (point 12).

In conclusion, the whistleblowing mechanism can serve as an effective tool for the protection of workers' rights whenever the national law states that can be reported: violations of labor laws; violations of workers' rights; violations of human rights; any breach of the law in general.

5. Quintum colligam (multidisciplinary perspective and contextualization in order to discover the extra-legal meanings)

The objective of this methodological step is to verify the social utility, efficiency, and limitations of whistleblowing in general, as well as to reveal some of its interpersonal effects.

Access to sensitive information is almost always granted based on confidence. So, depending on the perspective, the same act can be considered whistleblowing or disloyalty, unfaithfulness, as two sides of the same coin. Betrayal is a theme frequently explored in literature, philosophy, and psychology, as it is a phenomenon that raises profound questions about loyalty, trust, and human nature.

According to Christian doctrine, Judas Iscariot was one of the original twelve Apostles of Jesus Christ and arguably the first known… whistleblower. He betrayed Jesus for 30 pieces of silver by submitting to the authority of the time. The "kiss of betrayal," given in the Garden of Gethsemane after the Last Supper, led to Jesus's arrest. He was officially accused of blasphemy, found guilty, and delivered to the Roman governor Pontius Pilate, who sentenced him according to the laws of that time. Apparently, Judas allowed personal desires to overshadow moral values. So, Judas's actions illustrate the complexity of personal motivations and launch a meditation on the theme of divine and human betrayal. In the visual arts, Judas's kiss has become a symbol of betrayal and has inspired many artists. One of the most famous representations is *The Kiss of Judas* (also known as *The Betrayal of Christ*), painted in 1300 by Giotto di Bondone. The painting portrays Judas as the primary subject and reveals him approaching with the mob guided by chief priests and elders of the people and kissing Jesus.

In literature, betrayal is often used to create dramatic conflicts. In his plays, William Shakespeare illustrated various forms. For example, in the play "Julius

Caesar", he wrote the famous line "Et tu, Brute?" which symbolizes betrayal by a close friend and evokes the feeling of shock and disappointment that such an experience produces. Another very well-known example is the novel "Anna Karenina" by Leo Tolstoy, in which duplicity plays a central role in the lives of the main characters, thus exploring the devastating effects of infidelity and social betrayal. In Dante Alighieri's vision, as we can understand from the Divine Comedy, the betrayal of those who have given their trust is one of the most serious acts; traitors are placed in the lowest circle of the Inferno.

In psychological terms, rebuilding the relationship and regaining the confidence after betrayal are provocative and sometimes impossible.

Whistleblowing seems justified to the extent that the norms being violated are considered at least legitimate, democratic. Sometimes, reporting a violation of law is perceived as reporting a person rather than the misconduct itself. Furthermore, the relationship between the whistleblower and the authority can be complex. Thus, there it is a triangle to consider: the whistleblower, the authority and the offender. Also, as the law has its territorial limitations, whistleblowing is geographically limited as well. Finally, whistleblowing is about axiological systems, values and beliefs that may vary over time and place.

The reference to dictatorial periods in the history of some states is unavoidable. For instance, in many of the former communist states (Czechoslovakia, Poland, Romania, etc.), the secret police have played a key role serving the political oligarchy. Many of the repressive actions were determined or justified by reports from extensive networks of civilian informers and delators. Surveillance and informing were social practices. The informer-handler relationship, not necessarily retributive, could often be understood as friendship or as the only way of survive. It could be seen, and sometimes felt, how a state could abuse its people, including by turning them into tools of control and repression. Afterwards, transitional justice stigmatized informers instead of pursuing reconciliatory goals. In the vision of the post-Communist state, the informers must be blamed and lustrated.

There are, however, many examples of whistleblowers who have clearly acted in good faith for the benefit of the society they lived in. The following is a brief selection of cases that are more likely to raise questions and to underline nuances or particular effects.

Tommaso Buscetta was a member of the Sicilian Mafia involved in criminal activities in Italy, the United States and Brazil. In 1984, after the murders of several family members, he decided to cooperate with Italian authorities and then he provided very important information to judges Giovanni Falcone and Paolo Borsellino, breaking the sacred oath of omerta. Buscetta firstly declined to speak of the political ties of Cosa Nostra considering that the state was not ready for declarations of such implications. Following the assassinations of Falcone and Borsellino in 1992, Buscetta began to expose the Mafia's connections with magistrates and politicians. He also cooperated with US authorities and he was placed in the Witness Protection Program with a new identity and American citizenship.

Perhaps the most famous whistleblower in recent history is Edward Snowden, a former computer intelligence consultant, contractor for the National Security Agency (NSA). Initially, Snowden's attempts to raise his ethical concerns about global surveillance programs through internal channels were ignored. Then, in June 2013, he disclosed to The Guardian and The Washington Post classified information about surveillance activities of NSA with the assistance of some telecommunication companies. Snowden's leaks generated a worldwide debate about privacy, Internet freedom and basic liberties. He has been both admired as a hero and disapproved as a traitor. Soon after the release, the U.S. Department of Justice charged Snowden with violating the Espionage Act of 1917 and theft of government property. Nonetheless, the leaks have led to legal changes in the way that data is collected and monitored by the intelligence community. And seven years after the documents were first disclosed, on September 2, 2020, a U.S. federal court ruled in *United States v. Moalin* that Snowden had exposed illegal U.S. surveillance practices. Despite this, it seems that he remains in exile in Moscow, as the beneficiary of an asylum grant from the Russian government.

Chelsea Manning is another high-profile whistleblower who leaked classified documents in 2010 revealing the abuse and torture of prisoners by U.S. forces in Iraq and Afghanistan. These documents were published by WikiLeaks, led by Julian Assange. She experienced a major consequence, being sentenced to 35 years in prison for violating the Espionage Act. After seven years of imprisonment, President Obama commuted and she was released in 2017.

Another case that highlights legal complexities surrounding whistleblowing is the "LuxLeaks" scandal. In 2011, Antoine Deltour, a former employee of PwC,

disclosed information to the media detailing how multinational companies have concluded agreements with Luxembourg to avoid cross-border taxation. Soon, another leaker who acted anonymously, Raphaël Halet, stepped forward and confirm the violation of tax rules. Both had been charged of stealing sensitive documents, even though they invoked the whistleblowers protection. In 2018, Luxembourg's highest court finally recognized Deltour as a whistleblower, but not Halet, so his sentence was maintained. Later, in 2023, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights ruled by a majority of twelve votes to five in *Halet v. Luxembourg* that Halet's conviction violated Article 10 of the European Convention on Human Rights (Decision of February 14, 2023, App. no. 21884/18).

6. Sextum opponam et quaestio (the dialectical test)

Synthetically, the reasoning behind the norms can be outlined as follows: reporting information acquired in a work-related context about breaches of law, and in particular violations of labor law, that are harmful to the public interest, leads to preventing or exposing wrongdoing that threatens the welfare of society; furthermore, this reporting exposes whistleblowers to the risk of victimization, and therefore, they must be protected.

6.1. Related to this reasoning, the thesis (*pro auctoritas*) aims to present some arguments in the sense that whistleblowing is valuable and labor law needs it.

As a matter of principle, reporting the violation of the law helps to promote and maintain the ordering effect of this law and the respect for the values it protects. There is a civic duty to help the authority to protect both private and public interests. Not the less, it is important to avoid as much as possible that citizens and legal entities become victims of law violations. It is also important to emphasize that legal protection is granted only on the premise of good faith of the reporting person. Therefore, whistleblowing itself seems to be a valuable tool.

The increasing vulnerability of workers in the modern world necessitates exploring and testing new ways to protect them. The whistleblowing mechanism seems pertinent, as the work-related context is naturally capable of revealing violations of labor standards. But the mechanism is useful for reaching the purpose, provided that the material scope of national laws allows for the reporting of breaches of labor norms.

In such cases, the reporting person may be the victim or potential victim, a colleague, a union leader or workers' representative.

Regarding the protection of union leaders or workers' representatives at the EU level, Article 28 of the European Social Charter (Revised) can be mentioned, as interpreted by the European Committee of Social Rights (see Panainte, 2025). In comparison to the legally provided safety of whistleblowers, the protections granted to union leaders and workers' representatives under Article 28 may be considered relatively weak. Moreover, some states have not yet ratified it. Therefore, whistleblowers rules may be useful and valuable for protecting union leaders or workers' representatives when specific national laws are ineffective in this area.

6.2. The second part of this step, the antithesis (*contra auctoritas*), seeks to identify reasons to deny the thesis — i.e., that whistleblowing is not always candid and blameless, and/or it is unnecessary, incompatible or inconvenient for labor law.

The interdependence between law and morality has been a constant concern of jurists and philosophers. Does the end justify the means or not? Sometimes the line between whistleblower, denouncer, informer, delator or tale-teller seems to be very thin, or it is drawn reflecting only one party's point of view.

It is important to identify and comprehend the genuine motivations and real goals of the whistleblower. For instance, a key question is whether it is advisable to reward the whistleblower. The answer depends on cultural factors and the legal system (see Givati, 2016; Nyreröd & Spagnolo, 2021). In the U.S., the answer is yes, and as long as a violation of certain U.S. laws occurs, even whistleblowers from other countries can report and receive financial rewards. Switching to Europe, the WBD does not provide for rewards. Moreover, in some European states, it is explicitly stated that rewards are prohibited. *Exempli gratia*, in France, according to Article 6 of Law No. 1691/2016 on transparency, the fight against corruption, and the modernization of economic life, a whistleblower is a natural person who reports or discloses information *without direct financial compensation* and in good faith.

Whistleblowing seems to stem from the failure of government authorities to detect even major breaches of the law. Still, the solution to such an incapacity should not be to dress workers in the uniform of authority. When the goal seems so worthy, turning workers into tools for enforcement can be very seductive.

Occasionally, the protection of whistleblowers is questionable. There are cases where whistleblowing leads to immunity for the perpetrator if he or she is the

"reporting person." When the law itself provides such an "escape route"—a way out when needed—doesn't it become easier to commit offenses? Shifting to a different issue: are whistleblowers genuinely protected at the right time? At what point does the necessary protection for whistleblowers who are at risk of retaliation become truly effective? Are whistleblowers at greater risk when reporting violations of the law in a government agency than in the private sector? How might Edward Snowden respond to these questions?

It is also important to note that there is often a price to be paid when reported information about legal violations is not confirmed. Sometimes, all parties must wait (even years) for the official verdict to be released and to clear up the uncertainties.

With respect to labor relations, confidence does not mean a "blank check" is being provided. Even so, to the extent that whistleblowing undermines established trust, it has the potential to adversely impact the work environment and existing organizational culture (see, for instance, Miller, 2013). Also, whistleblowing can be seen as a surrogate protection formula for union leaders and workers' representatives. To be effective, they should be provided with distinct special mechanisms to defend workers' rights, along with specific and adequate protection in the event of conflict with the employer.

6.3. Synthesis (*dicta*) consists in attempting to clarify potential contradictions and reveal the dialectical unity (of Hegelian inspiration) of what has previously been presented in opposition, thesis and antithesis.

The above arguments and counterarguments are largely reconcilable. It seems important for lawmakers to carefully weigh the values involved, advantages but also disadvantages, and to pursue wise, balanced regulatory solutions, avoiding extremes. It could be argued that the whistleblower's subjective motives are irrelevant, provided that the breach is significant and the public interest is served by the act of reporting. On the contrary, making the whistleblowing mechanism available for minor issues could do more harm than good. This conclusion is further substantiated by the regulatory solutions adopted by the majority of states. Another major challenge is ensuring comprehensive, effective, and timely protection. In this respect, the Whistleblower Directive (WBD) seems to be a good reference point.

7. Final considerations: *septimum queram, brocardum et de lege ferenda* (the justifications behind the law and *de lege ferenda* proposals)

The employment relationship naturally involves subordination, or a "democratic deficit" (Davidov, 2016). The vulnerability of economically dependent workers is widely recognized. The real capacity of authorities to detect at least serious violations of the law has always needed improvement. In today's professional environment, employees frequently find themselves lacking adequate support or assistance from unions or other representatives. These issues are becoming increasingly important due to the crisis of labor law in the new technological era. Consequently, the whistleblowing mechanism constitutes a viable alternative and should be available to workers, union leaders, and other representatives to report, at the very least, significant violations of labor standards.

Outside of the whistleblowing rules, reporting workers are protected by the more general standards regarding equality of treatment and victimization. But whistleblowers are subject to protection measures that, in some cases, could be considered, if not superior, at least more detailed than the protection granted through national provisions to union and workers' representatives (e.g., the case of Romania) or to victims of discrimination. Therefore, whistleblower protection may be considered suitable and valuable not only for workers but also for union leaders or workers' representatives in cases where national laws are ineffective in this regard. In such circumstances, it is also necessary to assess the risk that unions may lose some of the features or goals that define their specific identity and reason for being.

Whistleblowing could be a suitable instrument not only to defend workers' rights but also to strengthen employers' social responsibility and sustainability. Furthermore, involving unions or workers' representatives in the procedures for investigating reported information regarding social issues can prove that an employer is willing to create, through internal norms, a culture that credibly encourages early and transparent responses to fraud, abuse of power, and violations of workers' rights. Whistleblowing is also relevant for social dialogue, as long as the whistleblowers' status and activities are considered part of the working conditions. As previously mentioned, the CSDDD has a limited material and personal scope, and Member States have the option to extend it during the transposition process. In certain large companies, corporate complaint channels created based on the CSDDD may be used to report violations of some protected social rights by any natural or legal persons affected or who can reasonably believe they might be impacted by adverse effects, including their representatives,

such as trade unions and other workers' representatives. It can be concluded that the consolidated status of whistleblowers and the protection of workers' rights are corporate sustainability issues and should become part of responsible governance in a broad sense.

With regard to proposals for the development of existing national standards in the area of whistleblowing, some general aspects could be taken into account:

- *ratione materiae*: social rights, as fundamental rights, should be explicitly included within the material scope of national laws;

- *ratione personae*: in the area of social rights, national laws should allow unions and workers' representatives as well as other human rights defenders, to use the whistleblowing mechanism in their capacity as such;

- in the case of companies targeted by the CSDDD, duality should be avoided, and single reporting and complaint channels should be established.

References:

1. Black's Law Dictionary. (1991). *Qui tam action* (6th ed., p. 867). West Publishing.
2. Chalouat, I., Carrión-Crespo, C., & Licata, M. (2019). *Law and practices on protecting whistle-blowers in the public and financial services sectors* (Working Paper No. 328). International Labour Office. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/_groups/public/@ed_dialogue/@sector/documents/publication/wcms_718048.pdf
3. Davidov, G. (2016). *A purposive approach to labour law*. Oxford University Press.
4. European Court of Human Rights. (2008). *Guja v. Moldova*, App. No. 14277/04.
5. European Court of Human Rights. (2009). *Kudeshkina v. Russia*, App. No. 29492/05.
6. European Court of Human Rights. (2011). *Palomo Sánchez and Others v. Spain*, App. Nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06, & 28964/06.
7. European Court of Human Rights. (2023). *Halet v. Luxembourg*, App. No. 21884/18.
8. George, B. (2021, July 8). *America's first whistleblowers*. (University of South Carolina). https://sc.edu/about/offices_and_divisions/audit_and_advisory_services/about/news/2021/americas_first_whistleblowers.php
9. Givati, Y. (2016). *A theory of whistleblower rewards*. *Journal of Legal Studies, 45*(1), 43–72. https://ssrn.com/abstract=2682939
10. Huys, A. (2024, December 11). *Blowing the whistle on labour rights infringements?*. *Global Workplace Law & Policy*. https://global-workplace-law-and-policy.kluwerlawonline.com/2024/12/11/blowing-the-whistle-on-labour-rights-infringements-the-protection-of-reporting-persons-under-the-corporate-sustainability-due-diligence-directive-and-the-whistleblower-directive/

11. International Labour Organization (ILO). (2022). *The protection of whistle-blowers in the public service sector*. Report, TMWBPS/2022. Sectoral Policies Department. ILO: Geneva. https://www.ilo.org/resource/other/protection-whistle-blowers-public-service-sector

12. Miller, A. (2013, December). *Would you blow the whistle on a friend? Analysis of the significance of relationships on whistleblower intentions* (Master's thesis, Baylor University). https://baylor-ir.tdl.org/server/api/core/bitstreams/22e59c14-bf60-4507-8cd7-d6a0e8eadc83/ content

13. Nyreröd, T., & Spagnolo, G. (2021). *A fresh look at whistleblower rewards*. *Journal of Governance & Regulation, 10*(4), 248–260. https://doi.org/10.22495/jgrv10i4siart5

14. Panainte, S. (2025). *Article 28: The right of workers' representatives to protection in the undertaking*. In C. de Oliveira Carvalho, C. Santos Botelho, & A. T. Ribeiro (Eds.), *The European Social Charter: A Commentary, Volume 4, Part II (Articles 20–31)* (pp. 170–196). Brill | Nijhoff. https://doi.org/10.1163/9789004434158_010

15. Rowley, C. (2015, June 13). *Standing up in the spirit of America's first whistleblower Benjamin Franklin!. HuffPost*. https://www.huffpost.com/entry/standing-up-in-the-spirit_b_7576814

16. Terracol, M. (2023). *How well do EU countries protect whistleblowers? Assessing the transposition of the EU Whistleblower Protection Directive*. Transparency International. https://www.transparency.org/en/publications/how-well-do-eu-countries-protect-whistleblowers-speakup

17. Waxman, O. (2019, September 24). *Before the Trump impeachment inquiry, these were American history's most famous whistle-blowers*. *Time*. https://time.com/5684536/whistleblower-history/

18. Valentini, C., Ihlen, Ø., Somerville, I., Raknes, K., & Davidson, S. (2020). *Trade unions and lobbying: Fighting private interests while defending the public interest?*. *International Journal of Communication, 14*, 4913–4931. http://ijoc.org

19. Whistleblowing International Network (n.d.). *EU Whistleblowing Monitor*. https://www.whistleblowingmonitor.eu/

Liberdade Sindical

Libertad Sindical

EL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL COMO ÓRGANO DE CONTROL DE LA OIT EN MÉXICO

Leobardo López Morales*

Elizabeth Sánchez Rodríguez*

Sumario: 1. Introducción. 2. México y la Organización Internacional del Trabajo. 3. Los Convenio 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo y su aplicación en el marco normativo de México así como los índices de sindicación. 4. Análisis y recuento de los casos de especial relevancia presentados ante el Comité de Libertad Sindical. 5. Análisis crítico sobre la existencia o inexistencia de alguna institución de concertación y dialogo social como mecanismo de solución de conflictos colectivos de carácter interno. 6. A manera de conclusión: ¿Cuáles han sido las repercusiones de las recomendaciones emitidas por el Comité de Libertad Sindical en contra del Estado Mexicano? 7. Fuentes de información.

1. Introducción

El movimiento obrero, en todo su desarrollo histórico, ha sido trascendental para la estructuración y desarrollo del Derecho del Trabajo, tanto individual como colectivo; de ahí la importancia de la protección de la libertad sindical en todas sus dimensiones; tan es así que, desde el texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, se estableció en su artículo 123, fracción XVI, que tanto los obreros como los empresarios, tendrían la facultad de ejercer el derecho de asociación, por lo que gozarían de la libertad de formar sindicatos; en el mismo sentido, desde la firma del Tratado de Versalles en junio de 1919, que en su Parte XIII, determinó la creación de un organismo que buscará revertir las condiciones de injusticias, penalidades y privaciones imperantes en ese momento, a través de diversas acciones, entre ellas, el reconocimiento del principio de la libertad de asociación; y por

* Doctor en Derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México. Juez Primero de lo Laboral del Poder Judicial del Estado de Tlaxcala, México. Catedrático a nivel Licenciatura, Maestría y Doctorado. Miembro del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (ILTRAS); de la Asociación Internacional de Relaciones Laborales y Empleo (ILERA); de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social "Guillermo Cabanellas"; y de la Academia Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Previsión Social.

** Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Tlaxcala, México, Profesora de tiempo completo nivel B en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Criminología de la Universidad Autonóma de Tlaxcala, Presidente de la Delegación Tlaxcala de la Academia Mexicana del Derecho del Trabajo y Previsión Social (AMDTPS).

último en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, que se configuró entre enero y abril de ese mismo año, específicamente en su preámbulo se señaló que, para lograr la Justicia Social habría que basarse en lograr la paz universal y permanente; y para ello habría que garantizar, entre otras condiciones, el reconocimiento del principio de libertad de sindical.

Ha sido tan importante garantizar tal principio, que tanto la Organización de las Naciones Unidas como la Organización Internacional del Trabajo, coincidieron en crear un organismo que conociera sobre las quejas relativas a la violación de derechos sindicales, dependiente de esta segunda organización: el Comité de Libertad Sindical.

Por lo que el presente trabajo de investigación tiene como justificación la necesidad de saber el papel que ha tenido el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, frente a las quejas que se le han presentado por presuntas violaciones a la libertad sindical al Gobierno de México y su trascendencia en el marco constitucional y legal laboral; y su objetivo general será conocer y analizar las repercusiones de las recomendaciones que dicho Comité de Libertad Sindical ha emitido en contra del Estado Mexicano.

2. México y la Organización Internacional del Trabajo

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), se constituyó con base en lo establecido en el Tratado de Versalles de 1919, específicamente en su parte XIII, que se refiere al Trabajo; su Constitución se elaboró por una Comisión de Trabajo, entre enero y abril de ese mismo año, presidida por Samuel Gompers, presidente de la Federación Estadounidense del Trabajo (FIT); e integrada por los representantes de Bélgica, Cuba, Checoslovaquia, Francia, Italia, Japón, Polonia y Reino Unido.

El resultado de los trabajos, de la citada Comisión, fue la conformación de una organización, única en su género, puesto que se determinó que sus órganos ejecutivos se conformaran con representantes de los gobiernos, de los trabajadores, así como de los empleadores; es decir, de manera tripartita.

En el Preámbulo de la referida Constitución se resumieron las aspiraciones y motivos que sirvieron de base para su elaboración, a saber:

1. Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social;
2. Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que

el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones;

3. Considerando que, si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países.

De igual forma, en el citado Preámbulo se enunciaron algunas condiciones de trabajo que deberían ser mejoradas, tales como:

1. Reglamentación de las horas de trabajo, incluyendo la duración máxima de la jornada de trabajo y la semana;
2. Reglamentación de la contratación de mano de obra, la prevención del desempleo y el suministro de un salario digno;
3. Protección del trabajador contra enfermedades o accidentes como consecuencia de su trabajo;
4. Protección de niños, jóvenes y mujeres;
5. Pensión de vejez e invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero;
6. Reconocimiento del principio de igualdad de retribución en igualdad de condiciones;
7. Reconocimiento del principio de libertad sindical; y
8. Organización de la enseñanza profesional y técnica, y otras medidas similares[449].

La OIT, cuenta con tres órganos fundamentales de gobierno, que se encuentran conformados de manera tripartita, a saber:

1. La Conferencia Internacional del Trabajo, que tiene la obligación de definir las normas internacionales del trabajo, así como las políticas generales que deberá llevar a cabo la Organización; y se reúne cada año, en Ginebra, Suiza, lugar de su sede desde 1920; donde se discuten cuestiones sociales y laborales fundamentales;

[449] *Cfr*. Organización Internacional del Trabajo (OIT), Historia de la OIT, visible en: *https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm*. Consultado el 4 de febrero de 2022.

2. El Consejo de Administración, es el órgano ejecutivo de la Organización; cuyo objeto es establecer su programa y su prepuesto. Se reúne tres veces al año; y
3. La Oficina Internacional del Trabajo, que el órgano permanente de la Organización, que se encarga de llevar a cabo todas sus actividades, bajo la supervisión del Consejo del Administración y la dirección de su director general[450].

La OIT, llevó a cabo su primera Conferencia Internacional de Trabajo en Washington en octubre de 1919, donde se adoptaron seis Convenios Internacionales de Trabajo, relativos: a) horas de trabajo en la industria; b) desempleo; c) protección de la maternidad; d) trabajo nocturno de las mujeres; e) edad mínima; y f) trabajo nocturno de los menores en la industria.

El 10 de mayo de 1944, la Conferencia Internacional del Trabajo, promulgó la denominada "Declaración de Filadelfia", que, incorporada a la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, constituye la Carta de sus propósitos y objetivos. Y con la cual se reafirman los siguientes principios en que se basa la OIT:

1. El trabajo no es una mercancía;
2. La libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante;
3. La pobreza como sinónimo de peligro a la prosperidad; y
4. El dialogo social, en igual de circunstancias entre trabajadores, empleadores y representantes de los gobiernos, tiene por objeto promover el bienestar común[451].

Desde 1919 hasta la fecha, la OIT ha adoptado 189 convenios y emitido 206 recomendaciones; cabe señalar que se les conoce como normas jurídicas internacionales del trabajo, las cuales se constituyen como los instrumentos jurídicos que establecen principios y derechos básicos del trabajo, elaborados de manera tripartita por los representantes de los trabajadores, de los empleadores y de los gobiernos, que conforman la OIT. Así los convenios o también conocidos como

---

[450] *Cfr.* Organización Internacional del Trabajo (OIT), Como funciona la OIT, visible en: *https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/lang--es/index.htm*. Consultado del 4 de febrero de 2022.

[451] *Cfr.* Organización Internacional del Trabajo, Normlex, Information System on Internacional Labour Standards, visible en: *https://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf.* Consultado el 4 de febrero de 2022.

protocolos, son tratados internacionales que son jurídicamente vinculantes cuando son ratificados por los Estados Miembros; en tanto las recomendaciones, se pueden entender como aquellas directrices no vinculantes.

El Consejo de Administración de la OIT, determinó que existen ocho convenios fundamentales, ya que se refieren precisamente a principios y derechos fundamentales en el trabajo, tales como la libertad de asociación y la libertad sindical, y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Estos principios fueron incluidos en la Declaración de la OIT, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada en 1998.

Tales convenios son los siguientes: a) Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); b) Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); c) Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) (y su Protocolo de 2014); d) Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); e) Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138); f) Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182); g) Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100); y h) Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)[452].

Por cuanto hace a México, ingresó a la OIT el 12 de septiembre de 1931; y ha ratificado 81 Convenios; incluyendo los convenios fundamentales antes citados[453].

3. Los Convenio 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo y su aplicación en el marco normativo de México así como los índices de sindicación

El Convenio 87 de la OIT fue adoptado en 1948; y se refiere a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación. Las consideraciones más importantes de este Convenio son las siguientes:

---

[452] *Cfr.* Organización Internacional del Trabajo, Convenio y Recomendación, visible en: *https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--es/index.htm.* Consultado el 4 de febrero de 2022.

[453] *Cfr.* Organización Internacional del Trabajo, Normlex, visible en: *https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102764*. Consultado el 5 de febrero de 2022.

- Tanto los trabajadores como los empleados, sin restricción de ningún tipo, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes.
- Tienen el derecho de afiliarse a las citadas organizaciones, con la única salvedad de que cumplan con los estatutos de las mismas.
- Tales organizaciones tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos; elegir libremente a sus representantes; organizar su administración, así como sus actividades; y formular su programa de acción. Y para garantizar este derecho, las autoridades públicas no pueden intervenir a efecto de limitar tales derechos o a entorpecer su ejercicio.
- Las organizaciones que formen trabajadores o empleadores, no podrán estar sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.
- Las citadas organizaciones, tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones; y en su caso afiliarse a las mismas. Además, tienen el derecho a afiliarse a organizaciones internacionales tanto de trabajadores como de empleadores.
- La personalidad jurídica de las organizaciones debe adquirirse sin estar sujeta a condiciones que impliquen restricción a sus derechos, tales como redactar sus estatutos y reglamentos administrativos; elegir libremente a sus representantes; organizar su administración y actividades; formular su programa de acción; constituir las organizaciones que estimen convenientes; y no estar sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.
- Las organizaciones, al ejercer los derechos reconocidos en dicho Convenio, están obligadas a respetar la legalidad. En tanto, la legislación nacional no deberá menoscabar las garantías previstas en líneas anteriores.
- Los miembros de la OIT, que hayan ratificado este Convenio, están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar a las organizaciones el libre ejercicio del derecho de sindicación.

Este Convenio, fue ratificado por México el 1º de abril de 1950, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 26 de enero y 16 de octubre, de ese mismo año; y entró en vigor el 1º de abril de 1951[454].

En tanto, el Convenio 98 de la OIT, fue adoptado el 1º de julio de 1949; y se refiere a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva. Las determinaciones, más importantes, de este Convenio son las siguientes:

- Los trabajadores deben de estar protegidos en contra de cualquier acto de discriminación, que tienda a menoscabar su libertad sindical en relación con su trabajo.
- Tal protección deberá orientarse contra cualquier acto tendiente a obligar a un trabajador que, para conservar su empleo, se afilie a un sindicato o deje ser miembro de uno; así como despedirlo o causarle cualquier perjuicio, debido a su afiliación sindical o por participar en actividades sindicales fuera del horario de trabajo, o en su caso, dentro de ese horario con consentimiento del empleador.
- Las organizaciones, de trabajadores y de empleadores, deberán estar protegidos contra cualquier acto de injerencia, proveniente de unas respecto de las otras; ya sea que se realice de manera directa o por medio de sus agentes o miembros, tratándose de su constitución, funcionamiento o administración.
- Son actos de injerencia, todas aquellas medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas o bajo el control de un empleador o una organización de empleadores; o, en su caso, sostener económicamente, o cualquier otra forma, organizaciones de trabajadores con objeto de colocarlas bajo el control de los empleadores.
- Se deben crear organismos nacionales, cuando sean necesarios, a efecto de garantizar el respeto al derecho de sindicación, en toda su extensión.
- Se deben adoptar medidas, para estimular y fomentar entre las organizaciones de trabajadores y de empleadores, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, a efecto de reglamentar, a través de contratos colectivos, las condiciones de trabajo.

[454] Visible en: *https://www.te.gob.mx/transparencia/media/files/93fe805a63da0e4.pdf*. Consultado el 5 de febrero de 2022.

Dicho Convenio, fue ratificado por el Senado de México, el 20 de septiembre de 2018; por lo que el Decreto respectivo se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 7 de noviembre de 2019; en el cual se estableció que entraría en vigor hasta el 23 de ese mismo mes y año[455].

Según el marco constitucional y legal, vigente en México, tales Convenios, al haber sido ratificados y debidamente publicados en el órgano oficial de difusión de leyes, se considera que sus disposiciones deben de aplicarse de manera obligatoria por parte de las autoridades; en este caso, de las laborales, tanto jurisdiccionales como administrativas.

Lo anterior se desprende de los artículos 1º y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en lo que interesa, respectivamente señalan:

"Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece…".

"Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas".

En igual sentido, los artículos 6º y 7º de la Ley Federal del Trabajo, respectivamente, señalan que:

"Artículo 6o.- Las Leyes respectivas y los tratados celebrados y aprobados en los términos del artículo 133 de la Constitución serán aplicables a las relaciones de trabajo en todo lo que beneficien al trabajador, a partir de la fecha de la vigencia".

"Artículo 17.- A falta de disposición expresa en la Constitución, en esa Ley o en sus Reglamentos, o en los tratados a que se refiere el artículo 6o., se tomarán en consideración sus disposiciones que regulen casos semejantes, los principios generales que deriven de dichos ordenamientos, los principios generales del derecho,

---

[455] *Cfr.* Secretaria de Gobernación, Diario Oficial de la Federación, visible en: *https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5578068&fecha=07/11/2019*. Consultado el 5 de febrero de 2022.

los principios generales de justicia social que derivan del artículo 123 de la Constitución, la jurisprudencia, la costumbre y la equidad".

De lo anterior se desprende, que en el momento en que los Convenios, de referencia, fueron publicados en el Diario Oficial de la Federación, y según su fecha de entrada en vigor, que puede ser al día siguiente de su publicación o en otro posterior, serán aplicables a las relaciones de trabajo; en este caso concreto a las relaciones colectivas de trabajo.

En México, a partir de la entrada en vigor de la reforma laboral de 2019, el derecho colectivo ha experimentado cambios consistentes en el número de trabajadores que se han incorporado a un sindicato; de acuerdo a datos de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social durante el año dos mil veinticuatro, existieron veintidós millones, ochocientos treinta y nueve mil trabajadores asalariados, de los cuales solo **cinco millones ciento diecinueve mil novecientos cincuenta y un** trabajadores están incorporados a un sindicato, en estos momentos, es decir, en Marzo de 2025, no existen aún datos para la primera mitad del año en curso, por lo cual no podríamos actualizar esta cifra aún; sin embargo, esta reforma ha sido de las más importantes en materia colectiva que ha tenido la Ley Federal del Trabajo en mucho tiempo, ya que anterior a la misma los índices de sindicalización representaban menores cifras, tal es el caso que el Instituto Nacional de Estadística y INEGI reportó en su informe anual de 2018, que 19 millones 283,890 de trabajadores asalariados, solo 4 millones 205, 206 trabajadores formaban parte de un sindicato; con ello se demuestra la implementación de los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, ha provocado de forma indirecta la existencia del incremento de los trabajadores asalariados y como resultado directo la afiliación de más trabajadores a los sindicatos.

4. Análisis y recuento de los casos de especial relevancia presentados ante el Comité de Libertad Sindical

El Comité de Libertad Sindical de la OIT, ha recibido 64 quejas en contra del Gobierno de México, por presuntas violaciones al principio de libertad sindical, de las cuales se han cerrado 60; 3 están en seguimiento; y 1 está activa[456].

[456] Organización Internacional del Trabajo, Casos sobre libertad sindical, visible en: *https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:20060::FIND:NO*:::. Consultado el 6 de febrero de 2022.

La queja que ha sido especialmente relevante, es, sin duda, la marcada con el Caso número 2694, presentada por la Federación Internacional de Trabajadores de las Industrias Metalúrgicas (FITIM), el 5 de febrero de 2009; pero el 12 de abril de 2010, la Confederación Sindical Internacional (CSI) se unió a la queja; de igual forma lo hicieron el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Universidad Autónoma Metropolitana (SITUAM), el Sindicato de Trabajadores de la Industria Metálica, Acero, Hierro, Conexos y Similares (STIMAHCA) y el Sindicato Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y Similares de la República Mexicana[457].

La queja tuvo como base: *"el cuestionamiento global del sistema de relaciones laborales como consecuencia de la práctica enormemente extendida de los contratos colectivos de protección patronal"*[458].

Al respecto la organización querellante refirió lo siguiente:

"…

735. En lo que respecta a la negociación colectiva, la organización querellante alega que en México imperan los denominados «contratos colectivos de protección patronal» (CCPP) (el 90 por ciento según un conocido dirigente sindical) centrados en prácticas más que en normas legales o, en otras palabras, en una particular forma de interpretar la legislación laboral. Se trata de contratos colectivos, en su inmensa mayoría firmados a espaldas de los trabajadores, entre un sindicato y un empleador y generalmente se limitan a transcribir en las cláusulas los mínimos de la Ley Federal del Trabajo (LFT) sin ningún beneficio adicional. Ello es posible porque la legislación mexicana impone al patrón que emplee trabajadores miembros de un sindicato, celebrar un contrato colectivo cuando el sindicato lo solicite, pero sin necesidad de indicar los trabajadores representados o su consentimiento. Firmado el contrato colectivo se deposita ante la Junta de Conciliación y Arbitraje y sólo se requiere para este trámite la firma del secretario general del sindicato y la representación formal del patrón, es decir, basta acreditar su personalidad jurídica. La organización querellante destaca que concluida esta etapa no se podrá celebrar otro contrato con otro sindicato"[459].

---

[457] Oficina Internacional del Trabajo de la OIT, *359º Informe del Comité de Libertad Sindical,* 310ª reunión, Ginebra, Suiza, marzo de 2011, p. 210.
[458] *Ibídem.*
[459] Organización Internacional del Trabajo, *Informe Provisional-Informe núm. 359, marzo de 2011,* visible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2911806#C. Consultado del 6 de febrero de 2022.

Aunado a lo anterior, en informaciones complementarias la citada organización sindical querellante declaró que:

"...

1) el contrato de protección patronal es una figura que no está regulada por la ley laboral; su nombre proviene de una práctica común en México;

2) se ha señalado que la firma de un contrato colectivo deviene de un acto unilateral que decide el patrón quien puede escoger al sindicato de su preferencia aun antes de que exista la fuente de trabajo;

3) se alega que se trata de un acto legal en virtud de que conforme al artículo 387 no se impone ningún requisito para la firma del contrato colectivo entre el representante del patrón y el del seudo sindicato, tampoco es necesario que exista consulta previa a los trabajadores, ni siquiera se requiere de un número mínimo de trabajadores; bastaría que dos trabajadores en un universo de mil lo solicitaran para que se cumpliera el requisito formal y, firmado este contrato colectivo conforme al artículo 396, sus estipulaciones se extienden a todas las personas que trabajen en la empresa o establecimiento, aunque no sean miembros del sindicato que lo haya celebrado. Para la celebración del contrato colectivo sólo se requiere de dos firmas, la del representante del patrón y la del secretario general del sindicato, acto seguido se deposita ante la Junta de Conciliación y Arbitraje competente;

4) al estar depositado en la Junta se actualiza un proceso de protección que impide que otros trabajadores puedan exigir la firma de un contrato colectivo por la vía de la huelga, como lo señala el artículo 450, fracción II, de la Ley Federal del Trabajo. Como se observa en el artículo 923, no se debe dar trámite a ningún escrito de emplazamiento de huelga que exija la firma de un contrato colectivo si ya existe uno depositado, porque en este caso se trata de un lugar ya ocupado que impide a un sindicato auténtico pedir la firma de un contrato colectivo y, en caso de negativa, emplazar a huelga buscando su celebración;

5) al estar firmado el contrato y depositado en la Junta con el sindicato elegido por el empresario, a los trabajadores no les queda más opción que buscar un cambio de titularidad del contrato colectivo de trabajo, ya que está cancelada la posibilidad de la firma. Para lograr dicha titularidad tienen dos opciones: el registro de un sindicato cumpliendo con los requisitos del artículo 365 de la Ley Federal del Trabajo o demandar la titularidad acreditando, mediante un juicio que suele ser muy complicado, que se cuenta con la mayoría de los trabajadores;

6) es importante destacar que si bien para firmar un contrato colectivo no se requiere acreditar número ni mayoría alguna, en caso de que el patrón se negara a firmar y se tuviera que plantear un emplazamiento de huelga debe, en esa hipótesis, contar con la mayoría como lo señala el artículo 451, fracción II; en otras palabras, la firma del contrato colectivo está en manos del empresario y esto ha llevado a que los seudo líderes sindicales busquen ser escogidos o llamados por las empresas para firmarlos; según la FITIM basta observar en el sitio de Internet de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Distrito Federal para confirmar el depósito de contratos colectivos de trabajo con las condiciones mínimas de ley, celebrados al mismo tiempo en toda una cadena de centros de trabajo; la FITIM subraya que la existencia de los contratos de protección como práctica generalizada ha sido afirmada por empresarios importantes y por personas que ocupan cargos ahora en el Ministerio de Trabajo, y

7) según la FITIM lo que existe es una simulación de la negociación colectiva. Según los estudios que ha llevado a cabo la Universidad Nacional Autónoma de México a través de un investigador (Doctor Alfonso Bouzas Ortíz) se confirma en los registros de contratos colectivos de la Ciudad de México que más del 90 por ciento de dichos contratos no tienen vida o movimiento alguno, esto es, no se revisan, no se negocian y se mantienen en los niveles mínimos de ley, o sea que son simulacros de contratos colectivos"[460].

Por su parte, el Gobierno de México, hizo explicaciones al Comité de Libertad Sindical, el cual las resumió en los siguientes términos:

"a) El sistema jurídico mexicano no prevé la figura de los denominados «contratos colectivos de trabajo de protección patronal (CCPP)», por lo cual, el Gobierno mexicano no reconoce en manera alguna, la existencia de dichos contratos, puesto que las organizaciones sindicales son libres de constituirse, redactar sus estatutos, designar a sus representantes y dirigentes, así como regular su propia estructura y vida interna.

b) El documento supuestamente referido como queja resulta ser un ejercicio conceptual, oscuro y genérico, ya que no especifica infracciones concretas en materia de libertad sindical, toda vez que, de los hechos relatados en la comunicación, no se desprende que se hubieran violado los derechos laborales de los miembros de la

[460] *Ibídem.*

federación quejosa, tampoco se desprende, en forma alguna, que se hubiera violado la libertad de los trabajadores para integrarse en una organización sindical.

…

d) Los sindicatos tienen el derecho de emplazar a huelga a los patrones, con el fin de firmar un contrato colectivo de trabajo, en el que se plasmen beneficios adicionales para los trabajadores por la prestación de sus servicios. En este caso, los contratos son resultado de la conciliación que logren los trabajadores y los patrones, pero siempre en beneficio de las condiciones generales en que se desempeña el trabajo, de lo cual se desprende, una vez más, que los «contratos de protección patronal» que argumenta la organización quejosa son inexistentes.

e) La integración de las Juntas Federales de Conciliación y Arbitraje de manera tripartita, se encuentra prevista en los artículos 605, 606, 607, 608 y 609 de la LFT, por lo que sus resoluciones se encuentran apegadas a derecho, son equitativas y buscan el equilibrio entre los factores de la producción, sin que prevalezca la decisión de una representación en particular, ya que sus determinaciones son adoptadas en forma colegiada.

…

q) Es falso que la legislación vigente vuelva nugatorio el derecho de asociación y que sean siempre los patrones los que elijan al contrato de su preferencia; que la legislación incluya normas protectoras a los trabajadores que estén fuera de su alcance y que exista una red de complicidad establecida entre la justicia laboral, patrón y sindicatos, y que por ello exista lo que ellos llaman contratismo de protección patronal"[461].

En tanto, el Comité de Libertad Sindical, al respectó concluyó lo siguiente:

"…

898 El Comité concluye que las declaraciones de la organización querellante y las del Gobierno son en gran medida contradictorias. El Comité observa que el Gobierno se centra más en el plano legal y niega la existencia de contratos colectivos de protección patronal, mientras que la organización querellante subraya que se trata de mecanismos que se producen en la práctica al no exigir la legislación que un sindicato justifique cierto grado de representatividad para registrar un convenio colectivo, incluso antes de que empiece a funcionar la empresa. El Comité observa

[461] *Ibídem.*

que el Gobierno cuestiona además la validez de los ejemplos de empresas facilitados por la organización querellante en apoyo de sus alegatos.

899 El Comité desea señalar que en anteriores ocasiones ha solicitado ciertas reformas legislativas para reforzar los derechos sindicales, ha constatado retrasos excesivos por parte de las autoridades administrativas o judiciales en relación con ciertos registros sindicales o el reconocimiento de ciertas juntas directivas sindicales; asimismo, el Comité ha tenido conocimiento de casos de violencia entre facciones sindicales que se pretendían más representativas. Por otra parte, la FITIM destaca que una parte importante de los problemas que plantea se refiere al hecho de que, aunque la Corte Suprema de Justicia ha declarado inconstitucionales en dos ocasiones las cláusulas de seguridad sindical denominadas «cláusulas de exclusión», estas cláusulas operan con bastante rigidez en la práctica.

900 Asimismo, el Gobierno observa que tanto la organización querellante como el Gobierno han informado que existen ante el Congreso de la República proyectos de reforma de la legislación laboral y sindical"[462].

Por último, el citado Comité hizo las siguientes recomendaciones al Consejo de Administración de la OIT, a saber:

"a) el Comité invita al Gobierno a que tome medidas para iniciar un diálogo constructivo con las organizaciones de trabajadores (incluidas las cinco querellantes) y las organizaciones de empleadores, sobre la aplicación de la legislación laboral y sindical, a fin de examinar las cuestiones planteadas en la queja. Este proceso de diálogo debería incluir: 1) las cuestiones relativas a las cláusulas de seguridad sindical «de exclusión» declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema que pueden conducir a ciertas situaciones contempladas en la queja, 2) las cuestiones relativas a la representatividad mínima de las organizaciones sindicales para negociar colectivamente, y 3) la alegada falta de imparcialidad de las juntas de conciliación y arbitraje y la alegada excesiva duración de sus procedimientos. El Comité pide al Gobierno que le informe de las reuniones mantenidas y de los resultados de este diálogo, y

b) el Comité pide además al Gobierno que responda específicamente a los alegatos y ejemplos de las organizaciones querellantes relativos: 1) a las

[462] *Ibídem*.

personalidades públicas incluidas autoridades públicas, que se han pronunciado sobre la realidad de los contratos colectivos de protección laboral y al alto número de estos contratos colectivos, y 2) a los casos específicos de empresas mencionadas en los párrafos 796 a 799, incluidos los casos de funcionamiento deficiente o parcial de las juntas de conciliación y arbitraje en relación con el ejercicio de los distintos derechos sindicales del sindicato STRACC".

En seguimiento a las recomendaciones antes citadas, el Comité de Libertad Sindical, las examinó en la reunión que tuvo lugar en junio de 2017, y que aparece en el Informe número 387, de octubre de 2018; y en la cual se señaló que se seguía con el estudio del caso, en relación a las manifestaciones concretas sobre las violaciones a los principios de libertad sindical y la negociación colectivas, derivadas de la existencia de los contratos de protección y así como de cuestiones relativas a la discriminación antisindical.

En razón de lo anterior dicho Comité solicito al Gobierno de México le remitiera toda la información complementaria, así como la actualización en relación a los diversos alegatos sobre situaciones concretos al uso de contratos de protección.

En respuesta dicho Gobierno, refirió que sus instituciones funcionan adecuadamente y brindan la atención que corresponde a las pretensiones de los sindicatos involucrados; y que se han llevada a cabo nuevos esfuerzos para hacer más eficiente y oportuna la labor de las autoridades del trabajo así como consolidar la impartición de justicia en materia laboral, a efecto de sea pronta y expedita, a través de la actualización del marco normativo, que se dio a través de la reforma constitucional en materia de impartición justicia laboral de 2017[463].

Por último, el Comité, en cuestión, señaló lo siguiente, que por su trascendencia se trascribe:

"…

34.Finalmente, el Comité observa en general que al tiempo que: a) de un lado, el Gobierno considera que las situaciones concretas presentadas demuestran que los mecanismos públicos existentes funcionan satisfactoriamente y recuerda los distintos esfuerzos realizados, incluida la reciente reforma constitucional en materia de justicia

[463] *Cfr.* Organización Internacional del Trabajo*, Seguimiento dado a las recomendaciones del Comité y del Consejo de Administración, Informe núm. 387, octubre de 2018,* visible en: *ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3964298*. Consultado del 7 de febrero de 2022.

laboral pendiente de desarrollo legislativo, y b) de otro lado, persisten los alegatos de falta de imparcialidad y de garantías en la aplicación de los procedimientos relacionados con la titularidad de los contratos colectivos, cuestionándose la efectividad de las medidas tomadas por las autoridades para combatir la práctica de los contratos y sindicatos de protección, que se considera que continúa y se fortalece — destacando el querellante, por ejemplo, que parte del sector empresarial habría tomado sus propias iniciativas para combatir este problema. El Comité confía en que al desarrollar e implementar la reforma constitucional y su legislación secundaria, en consulta con las organizaciones más representativas de trabajadores y de empleadores, y las organizaciones nacionales que han apoyado esta queja, se tomarán todas las medidas necesarias para tratar las distintas dimensiones de la problemática de los contratos y sindicatos de protección que se vienen planteando en este caso"[464].

5. Análisis crítico sobre la existencia o inexistencia de alguna institución de concertación y dialogo social como mecanismo de solución de conflictos colectivos de carácter interno

En México, a partir del año de 2019, se instituyeron dos instancias para la solución de conflictos colectivos, el primero es el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, resultado de la Reforma en Materia de Justicia Laboral, implementada entre 2017 y 2019; y el segundo, el denominado Mecanismo Laboral de Respuesta Rápida en instalaciones específicas, que se deriva del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), específicamente en su capítulo 23.

El citado Centro Federal, se constituyó como un organismo público descentralizado, pero sectorizado en la Secretaria del Trabajo y Previsión Social; y tiene por objeto, además de llevar a cabo la función conciliatoria colectiva, deberá cumplir con las siguientes atribuciones, señaladas en el artículo 9º de la Ley Orgánica del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, y que interesan para los efectos del presente trabajo:

- Auxiliar a los sindicatos o trabajadores en los procedimientos de elección de sus directivas sindicales, así como verificar el cumplimiento de los principios democráticos y los requisitos legales aplicables;

[464] *Ibídem.*

- Convocar y organizar los recuentos para consultas a solicitud fundada de los trabajadores, o en caso de duda razonable sobre la veracidad de la documentación presentada en la verificación de la elección de directivas sindicales conforme al artículo 371 Bis de la Ley Federal del Trabajo;
- Expedir las constancias de representatividad;
- Verificar el apoyo mayoritario de los trabajadores en los contratos colectivos de trabajo que los rigen y sus convenios de revisión, vigilando el ejercicio del voto personal, libre, directo y secreto; y
- Verificar que el contenido de los contratos colectivos de trabajo se haya hecho del conocimiento de los trabajadores, conforme a lo dispuesto por el artículo 400 Bis de la Ley Federal del Trabajo.

Estas atribuciones, además se complementan con los nuevos procedimientos que fueron implementados en la reforma a la Ley Federal del Trabajo, de 1º de mayo de 2019.

Por cuanto hace al referido Mecanismo, constituye un procedimiento que es aplicable para los derechos que están reconocidos en el anexo 23-A del T-MEC, establecido para garantizar que los trabajadores puedan acceder a una negociación colectiva auténtica y para lo cual es indispensable que exista una efectiva democracia sindical y el ejercicio pleno de la libertad sindical por parte de los trabajadores. Está implementado para reparar violaciones a los derechos de libertad sindical y negociación colectiva en empresas que produzcan bienes o presten servicios que sean objeto de comercio entre los países firmantes; y una vez que se lleva a cabo el procedimiento respectivo, las sanciones comerciales, que se llegarán a imponer, sólo afectarán bienes o servicios producidos en una instalación en concreto, que niegue el acceso a los trabajadores a ejercer su libertad sindical y derecho a la negociación colectiva[465].

[465] *Cfr.* Gobierno de México, *T-MEC y su mecanismo laboral de respuesta rápida: Una guía de acción para México,* STPS, México, 2021, pp. 2 y 3.

6. A manera de conclusión: ¿Cuáles han sido las repercusiones de las recomendaciones emitidas por el Comité de Libertad Sindical en contra del Estado Mexicano?

No obstante, que todavía está en seguimiento la queja del Caso número 2694, las consecuencias de la exposición que vive México en materia de violaciones al principio de libertad sindical y negociación colectiva por la exagerada aplicación de los contratos colectivos de protección, fueron abrumadoras; aunado a las presiones provenientes de los gobiernos de los Estados Unidos y de Canadá, para que el Gobierno de México modificará su sistema de justicia laboral, bajo la condición para la ratificación del T-MEC.

Este sistema de contratación colectiva ha provocado, según la Secretaría del Trabajo y Previsión, que hasta el 85% de los 530,000 contratos colectivos de trabajo registrados, sean de protección; de igual forma se ha presentado otro fenómeno, el de los sindicatos fantasmas, dado que dicha Secretaria detectó que el 62% de los 28,674 sindicatos con registro local, no tienen actividad sindical[466].

Debido a todas las circunstancias antes señaladas el 24 de febrero de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto por medio del cual se reformaron y adicionaron diversas disposiciones del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral. Los puntos torales sobre los cuales trató tal reforma son los siguientes:

- Se implementó un nuevo sistema de impartición de justicia en materia laboral, a través de la creación de juzgados laborales, que pertenecerán tanto al Poder Judicial de la Federación como a los Poderes Judiciales de las Entidades Federativas, según sus respectivas competencias; y la desaparición progresiva de las denominadas Juntas de Conciliación y Arbitraje.
- Se crearon organismos públicos descentralizados, que tendrán la encomienda de llevar a cabo la conciliación prejudicial y obligatoria; a nivel federal este organismo además será el encargado del registro de todos los contratos colectivos de trabajo y de las organizaciones sindicales, así

[466] El Economista, *Contratos de protección, el gran desafío para la reforma laboral y el T-MEC,* visible en*:* *https://www.eleconomista.com.mx/capitalhumano/Contratos-de-proteccion-el-gran-desafio-para-la-reforma-laboral-y-el-T-MEC-20211119-0045.html*. Consultado el 11 de febrero de 2022.

como todos los procesos administrativos que estén relacionados con tales registros.

- Cuando un sindicato pretenda celebrar un contrato colectivo de trabajo, éste deberá acreditar que cuenta con la representación de los trabajadores.
- Para asegurar la libertad de negociación colectiva y los legítimos intereses de trabajadores y patrones se deberán garantizar, por lo menos, los principios de representatividad de las organizaciones sindicales y de certeza en la firma, registro y depósito de los contratos colectivos de trabajo.
- Se ordenó que, para la resolución de conflictos entre sindicatos, la solicitud de celebración de un contrato colectivo de trabajo, así como la elección de los dirigentes sindicales, el voto de los trabajadores deberá ser personal, libre y secreto.
- Se amplió la competencia a favor de las autoridades federales del trabajo para conocer de determinados asuntos.

Por otra parte, a efecto de dar cumplimiento a la citada reforma constitucional, el 1º de mayo de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto a través del cual se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, en materia de justicia laboral, libertad sindical y negociación colectiva. Esta reforma implicó la modificación sustancial de la mayoría de los procedimientos para la solución de conflictos colectivos contenidos en la referida Ley Federal del Trabajo; además de la creación de algunos otros.

Tales procedimientos pueden resumirse a través del siguiente esquema:

Tipo de procedimiento y fundamento legal previsto en la Ley Federal del Trabajo	Vía	Procedencia
Sistema de verificación de elección de directivas (Art. 371 Bis)	Colectiva	Los cambios en las directivas deberán ser verificados por el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, a efecto de corroborar que no se trastocaron los principios de libertad y democracia sindicales
Requisitos de registro de un contrato colectivo de trabajo inicial (Art. 390)	Colectiva	Se deberán presentar diversos documentos por parte del sindicato contratante, entre ellos la

		constancia de representatividad, para que se pueda registrar un contrato colectivo de trabajo
Constancia de representatividad (Art. 390 Bis)	Colectiva	Los miembros de las directivas de los sindicatos deberán acreditar cuentan con el respaldo de cuando menos el 30% de los trabajadores cubiertos por el contrato colectivo
Verificación de que el contenido del contrato colectivo sea aprobado por la mayoría de los trabajadores cubiertos (Art. 390 Ter)	Colectiva	Para el registro de un contrato colectivo inicial o un convenio de revisión, el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral verificará que su contenido sea aprobado por la mayoría de los trabajadores cubiertos por el mismo a través del voto personal, libre y secreto
Titularidad del contrato colectivo (Art. 388)	Colectiva	El sindicato que obtenga el voto de la mayoría de trabajadores, obtendrá la Constancia de Representatividad correspondiente a fin de solicitar la celebración y firma del contrato colectivo de trabajo respectivo
Huelga: recuento de trabajadores (art. 931)	Colectiva	Se consultará a los trabajadores si estuvieron o no de acuerdo con el estallamiento de la huelga

Fuente: Elaboración propia con información de las fuentes citadas en el texto del cuadro.

De lo anterior, se puede concluir, que la queja de referencia tuvo un gran impacto en la estructuración del nuevo modelo de justicia laboral vigente, así como en la forma en que los sindicatos tendrán que reorganizarse para cumplir con todos los requisitos constitucionales y legales que les fueron impuestos.

La Reforma en Materia de Justicia Laboral, ha cimbrado el mundo sindical, que en los últimos años estuvo coaptado por intereses de las algunas copulas empresariales y de trabajadores; lo que provocó que hoy, el representante del sindicato, tendrá que ganarse el reconocimiento de la base trabajadora.

6. Fuentes de información

a) Bibliográficas

- Gobierno de México, *T-MEC y su mecanismo laboral de respuesta rápida: Una guía de acción para México,* STPS, México, 2021.
- Oficina Internacional del Trabajo de la OIT, *359º Informe del Comité de Libertad Sindical,* 310ª reunión, Ginebra, Suiza, marzo de 2011.

b) Legislativas

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Tratado de Versalles
- Constitución de la Organización Internacional del Trabajo
- Convenio 87 de la OIT, relativo a la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación
- Convenio 98 de la OIT, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación
- Ley Federal del Trabajo
- Ley Orgánica del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral

c) De internet

- Organización Internacional del Trabajo (OIT), Historia de la OIT, visible en: *https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm*. Consultado el 4 de febrero de 2022.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT), Como funciona la OIT, visible en: *https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/lang--es/index.htm*. Consultado del 4 de febrero de 2022.
- Organización Internacional del Trabajo, Normlex, Information System on Internacional Labour Standards, visible en: *https://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf.* Consultado el 4 de febrero de 2022.
- Organización Internacional del Trabajo, Convenio y Recomendación, visible en: *https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--es/index.htm.* Consultado el 4 de febrero de 2022.
- Organización Internacional del Trabajo, Normlex, visible en: *https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102764*. Consultado el 5 de febrero de 2022.
- *https://www.te.gob.mx/transparencia/media/files/93fe805a63da0e4.pdf*. Consultado el 5 de febrero de 2022.

- Secretaria de Gobernación, Diario Oficial de la Federación, visible en: *https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5578068&fecha=07/11/2019*. Consultado el 5 de febrero de 2022.
- Organización Internacional del Trabajo, Casos sobre libertad sindical, visible en: *https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:20060::FIND:NO*:::. Consultado el 6 de febrero de 2022.
- Organización Internacional del Trabajo, *Informe Provisional-Informe núm. 359, marzo de 2011,* visible en: *https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2911806#C*. Consultado del 6 de febrero de 2022.
- Organización Internacional del Trabajo*, Seguimiento dado a las recomendaciones del Comité y del Consejo de Administración, Informe núm. 387, octubre de 2018,* visible en: *ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3964298*. Consultado del 7 de febrero de 2022.
- El Economista, *Contratos de protección, el gran desafío para la reforma laboral y el T-MEC,* visible en*: https://www.eleconomista.com.mx/capitalhumano/Contratos-de-proteccion-el-gran-desafio-para-la-reforma-laboral-y-el-T-MEC-20211119-0045.html*. Consultado el 11 de febrero de 2022.

Liberdade sindical em Portugal: quadro regulatório, a agenda do trabalho digno e os desafios atuais

Joana Neto[467]

Sumário: *1. Introdução: liberdade sindical no contexto da crise do sindicalismo e desafios atuais; 2. Consagração legal da liberdade sindical e concetualização; 3. Reconhecimento legal no plano internacional e nacional; 4. Alterações ao quadro regulatório da liberdade sindical introduzidas pela Agenda do Trabalho Digno (ATD); 5. Considerações finais*

Resumo: *O presente artigo versa sobre a evolução do reconhecimento do direito à liberdade sindical em Portugal, maxime no quadro das alterações introduzidas pela Lei n.º 13/2023, de 3 de Abril, designada de ATD, em matéria de direito coletivo do trabalho. Dentro desse objeto de estudo é dado especial enfoque à atribuição de direitos de representação sindical a uma nova categoria de trabalhadores, os trabalhadores independentes economicamente dependentes (TIED) e ao alargamento do direito à atividade sindical em empresas sem trabalhadores filiados. A análise das alterações legislativa é feita a partir da problematização das dúvidas interpretativas suscitadas pelas alterações em apreço. Sem prejuízo desse enfoque, procura-se inscrever o trajeto regulatório do direito à liberdade sindical nas grandes mutações operadas no mundo do trabalho e nas novas exigências que estas convocam na efetivação do direito coletivo do trabalho.*

1. Introdução: liberdade sindical no contexto da crise do sindicalismo e desafios atuais

O Direito do Trabalho tem vindo a expandir as suas esferas de intervenção, assimilando realidades que escapam aos tradicionais limites da subordinação jurídica. Este conceito, que sempre foi encarado como a pedra de toque do contrato de trabalho e pressuposto básico para a sujeição àquele ramo do Direito, tem sido apontado, em vários contextos e a propósito de distintos ordenamentos, como um conceito em crise[468]. Para responder à fragilidade de uma noção que integra a espinha dorsal do contrato de trabalho, mas que parece cada vez mais maleável e, sobretudo,

[467] Professora Auxiliar da Universidade Lusófona do Porto e da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora do CEAD – Francisco Suaréz e Colaboradora do CEDIS – Centro de Investigação da Nova School of Law.

[468] *Vide,* por exemplo, CARLOS REYNOSO CASTILLO, «La crisis de la «subordinación» del vínculo laboral en América Latina» in *La protección del trabajo frente a las crisis y transiciones actuales: perspectivas nacionales e internacionales*, Lourdes Mella Méndez/ Francisco J. Tapia Guerrero (dir.),Rodrigo Ignacio Palomo Vélez/ Silvia Fernández Martínez/Bárbara Torres García(coord.),Aranzadi, 2024, pp. 265-282.

artificialmente contornável, os limites da subordinação jurídica têm sido ampliados, suportando-se, cada vez, a ideia de trabalhador dependente numa hétero organização, isto é, na sua inserção numa organização alheia[469], mas também na dependência económico como critério chave.

O trabalho realizado em situação de dependência económica está, em alguns ordenamentos, a ser acomodado pelos regimes jurídico-laborais por várias vias: ora aplicando-lhe as mesmas regras a que é sujeito o trabalho subordinado, ora subsumindo-o a um catálogo específico de normas e, ainda, por via da criação de um regime específico para um universo de trabalhadores que escapam à malha apertada da qualificação estrita de trabalhadores subordinados[470].

O futuro do sindicalismo é afetado por esta expansão do Direito do Trabalho, intrinsecamente ligada aos diversos condicionalismos que advêm das rápidas mutações tecnológicas[471], que exponenciaram a utilização do trabalho remoto e à distância, designadamente o teletrabalho. Acresce que a digitalização, o recurso à inteligência artificial, à robótica[472] e às plataformas digitais, associadas a formas de precarização[473], se transformaram numa das marcas das relações de trabalho das sociedades hodiernas.

---

[469] Nesse sentido, *vide* GIUSEPPE LUDOVICO, «A subordinação sem lugar e horário de trabalho», *in Diritti fondamentali, lavoro e nuove tecnologie, Studi Italo-Brasiliani Di Diritto del Lavoro e della previdenza sociale,* Milano University Press*,* 2025*,* pp. 113-125.

[470] Cfr., por exemplo, sobre esta questão, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, «Agenda do trabalho digno e trabalhadores economicamente dependentes» *in Revista Internacional de Direito do Trabalho, Ano IV, Dezembro de 2024, Especial*, pp. 1055-1118, [1056-1057].

[471] A respeito dos desafios colocados por estas mudanças, *vide* LUÍS ALMEIDA CARNEIRO, «O exercício da actividade sindical na empresa através de blogs, e-mails e websites. Liberdade sindical virtual ou a virtualidade da liberdade sindical?», *Questões Laborais n.º 48*, Coimbra, 2017, pp.179-204.

[472] Explorando os desafios suscitados pela robótica e pela IA, consultar DUARTE ABRUNHOSA E SOUSA/RITA MARQUES NOSSA, «*Desafios Laborais para a IA e Robótica»* in *Diritti fondamentali, lavoro e nuove tecnologie, Studi Italo-Brasiliani Di Diritto del Lavoro e della previdenza sociale,* Milano University Press*,* 2025*,* pp. 195-207.

[473] A este propósito, *vide,* por exemplo, JOSÉLITA NEPOMUCENO BORBA, «Externalização Produtiva: Subcontratação e terceirização. Como não precarizar? Necessária aplicação do princípio da igualdade de tratamento e da responsabilidade solidária em aspectos de direitos inderrogáveis» *in Coletânea Temas de Direito e Processo do Trabalho: Individual e Coletivo*, pp. 322-340, 2025, Lacier.

As mudanças acima descritas têm tido como reflexo uma grande fragmentação e atomização das relações de trabalho, trazendo exigências redobradas à atuação sindical[474] e convocando uma contínua adaptação às novas dinâmicas laborais[475].

Em Portugal, o novo quadro jurídico introduzido pela designada Agenda do Trabalho Digno, colocada em marcha pela Lei n.º 13/2023, de 3 de Abril, que efetuou significativas alterações ao Código do Trabalho (CT), suscita várias dúvidas, do ponto de vista da sua operacionalização, dúvidas que assolam quer às estruturas de representação coletiva dos trabalhadores (sindicatos, comissões de trabalhadores…), quer aos empregadores sobre os quais recai, em grande medida, a responsabilidade de cumprir um conjunto de prerrogativas que lhes são legalmente impostas.

Quais os limites do direito à representação sindical e à filiação dos trabalhadores independentes economicamente dependentes? Qual a amplitude do seu direito à informação e do seu direito de participação e reunião? Que poder detêm na negociação e contratação coletiva? Qual a real extensão do direito de exercício da atividade sindical em empresas sem trabalhadores filiados?

Independentemente das alterações introduzidas pela ATD e das questões que suscita, até por força dos caminhos que abriu, em linha com as profundas transformações que têm afetado o mundo do trabalho, são inúmeros os desafios que efetivo reconhecimento do direito à atividade sindical enfrenta num contexto de baixa filiação sindical.

De acordo com dados da OIT, em 2018, o índice de filiação sindical estaria na ordem dos 16% em Portugal, e de acordo com a informação apurada no âmbito do Relatório Único, a percentagem de trabalhadores sindicalizados declarada pelas empresas desceu para 7,5% em 2018 (abaixo dos 10,6% declarados em 2010), sendo que esta % é muito assimétrica consoante o tipo de vínculo contratual (ou seja, contratos por tempo indeterminado versus contratos a termo).

---

[474] Com vista a uma leitura mais aprofundada sobre a articulação entre liberdade sindical e o recurso às novas tecnologias, ler AXEL GOTTSCHALK CASTRO, «La libertad sindical como herramienta de las y los trabajadores frente a las nuevas tecnologias», in *La protección del trabajo frente a las crisis y transiciones actuales: perspectivas nacionales e internacionales*, Lourdes Mella Méndez/ Francisco J. Tapia Guerrero (dir.), Rodrigo Ignacio Palomo Vélez / Silvia Fernández Martínez/ Bárbara Torres García (coord.), Aranzadi, 2024, pp. 463-484.

[475] A propósito das novas demandas do sindicalismo no quadro do sistema brasileiro, ler GILBERTO STÜRMER, «Evolução do Direito do Trabalho no Brasil, Constituição de 1988, liberdade sindical, reforma trabalhista e novas tecnologias» *in Diritti fondamentali, lavoro e nuove tecnologie,* pp. 239-250, [247-250].

Por um lado, assistimos a uma grande fragmentação sindical, potenciada pela ausência de mecanismos de representatividade sindical, bem como uma significativa diminuição da taxa de sindicalização, e, por outro lado, colocam-se dúvidas quanto à admissibilidade da filiação de trabalhadores que escapam à qualificação tradicional de trabalhadores dependentes.

A necessidade de adaptação a novas formas de trabalho, como o trabalho remoto, digital, realizado através de plataformas digitais e à proliferação da prestação de trabalho, em moldes idênticos, a várias entidades em condições particulares que se afastam do contexto clássico do trabalho na fábrica é, pois, evidente.

O Direito do Trabalho, baluarte da regulação do trabalho subordinado, deverá ser capaz de tutelar as zonas cinzentas, onde se movem estes novos trabalhadores – autónomos, mas nem tanto – inequivocamente desprotegidos, que são potenciadas por um mundo globalizado e em constante transformação.

2. Consagração legal da liberdade sindical e concetualização

Entre nós, a consagração da liberdade sindical surge com a afirmação de Portugal enquanto Estado de Direito Democrático, assente na garantia e efetivação de um acervo de direitos fundamentais, onde se integram os direitos individuais e coletivos dos trabalhadores, plasmados nos artigos 53.º a 57.º e 58.º a 59.º da Constituição da República Portuguesa (C.R.P.).

O reconhecimento do direito à liberdade sindical surge na senda do Processo Revolucionário e Constituinte (PREC), de uma conjugação entre pulsões e aspirações populares, até ali fortemente reprimidas e silenciadas na rua, nas empresas, nos locais de trabalho e de um labor parlamentar que procurava, finalmente, dar-lhes suporte.

Após a Revolução de 1974, nomeadamente com o Decreto-Lei n.º 215-B/75, de 30 de abril, que regulava o exercício da liberdade sindical por parte dos trabalhadores, e, posteriormente, com a CRP democrática de 1976, ganha forma este direito à liberdade sindical[476].

[476] Para uma exegese do direito à liberdade sindical, cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 2023, 22.ª edição, pp. 783-811.

É com a Constituição de 76 que se afirma a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, direitos que vinculam entidades públicas e privadas[477].

Convém recordar que, entre 1926-1974, durante o período da ditadura, as associações sindicais e os seus Estatutos estavam sujeitos ao controlo estatal, sendo vedado o direito à greve.

Nos nossos dias, o direito à liberdade sindical está consagrado em vários instrumentos de Direito Internacional, instrumentos que são rececionados e vigoram no ordenamento jurídico português. A aplicação do artigo 8.º da CRP determina que as normas e princípios de Direito Internacional geral fazem parte integrante do Direito Português e que as Convenções Internacionais, regularmente ratificadas ou aprovadas, vigoram na ordem interna.

Tendo um desiderato de mudança social em mente, a liberdade sindical assume um papel fundamental para o Direito do Trabalho.

As associações sindicais, atores privilegiados na afirmação dos direitos liberdades e garantias dos trabalhadores, encontram respaldo na liberdade sindical, consagrada em vários instrumentos de Direito Internacional, bem como na CRP e no Código do Trabalho (CT), para o desenvolvimento da sua atividade em prol dos seus representados.

Em causa está, pois, um princípio essencial do associativismo dos trabalhadores e condição básica de defesa dos direitos laborais.

Nas palavras de ALAIN SUPIOT: «O reconhecimento da liberdade sindical é o reconhecimento do direito a exigir a transformação do Direito».[478]

Trata-se de um direito biunívoco, na medida em que assume uma dimensão individual e coletiva. Projeta-se, pois, na sua vertente individual, por um lado, no direito de os trabalhadores constituírem, sem autorização prévia, sindicatos da sua escolha e, por outro, no direito dos trabalhadores se filiarem (*liberdade sindical positiva)* ou não (*liberdade sindical negativa)* nos sindicatos e de não sofrerem discriminação por motivo da opção tomada ou da desvinculação operada. Na sua vertente coletiva, o direito em apreço traduz-se na possibilidade de se constituírem

[477] *Vide* JOSÉ JOÃO ABRANTES, «Breve reflexão sobre poderes do empregador, direitos fundamentais e despedimentos por causas objetivas» in *Revista Internacional de Direito do Trabalho,* Ano IV, Dezembro de 2024, pp. 951-964, [954-962].
[478] Entrevista realizada por Raquel Varela e disponível na RTP Play, em 2025.

associações sindicais a todos os níveis e na autonomia de organização e de gestão do sindicato.

3. Reconhecimento legal no plano internacional e nacional

O direito à liberdade sindical está plasmado em vários diplomas internacionais, designadamente convenções internacionais ratificadas por Portugal, sendo pressuposto essencial para garantir a paz e justiça social e a dignificação das relações de trabalho. Este direito fundamental, constitucionalmente protegido, está inscrito no código genético da Organização Internacional do Trabalho (OIT) desde a sua fundação em 1919, sendo um dos alicerces da sua estrutura tripartida, composta por representantes dos governos, dos trabalhadores e dos empregadores.

3.1. Tutela internacional

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948)* estabelece no n.º 4 do seu artigo 24.º que: "Todo o ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção dos seus interesses".

A OIT tem vindo, em diversas convenções, a debruçar-se sobre direito à liberdade sindical e à forma de garantir o seu exercício por arte dos representantes dos trabalhadores: a *Convenção n.º 87*, de 1948, sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical, ratificada por Portugal pela Lei 45/77, de 7 de julho de 1977; a *Convenção n.º 98*, de 1949, sobre o direito de organização e de negociação coletiva, aprovada para ratificação pelo DL 45758, de 12 de junho de 1964 e a *Convenção n.º 135*, de 1971, relativa à proteção e facilidades a conceder aos representantes dos trabalhadores na empresa, aprovada para ratificação pelo Decreto n.º 263/76, de 8 de abril.

Em termos idênticos, o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC)*, datados de 1966 e ratificados por Portugal em 1978 reportam-se ao direito à filiação sindical.

O PIDCP prevê, no art. 22.º, que "toda a pessoa tem direito a associar-se livremente com outras, incluindo o direito de fundar sindicatos e filiar-se neles para protecção dos seus interesses". Por sua vez, o *PIDESC* preconiza, no seu art. 8.º/1, que: "1 - Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar: a) O *direito de todas as pessoas de formarem sindicatos e de se filiarem no sindicato da*

sua escolha, sujeito somente ao regulamento da organização interessada, com vista a favorecer e proteger os seus interesses económicos e sociais.".

Também a *Convenção Europeia de Direitos Humanos*, datada de 1950, ratificada pelo Estado português, em 1978, no art. 11.º/1 consagra que: "Qualquer pessoa tem *direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses.* Trata-se de reconhecer "os direitos de fundar e aderir a sindicatos como aspetos particulares da liberdade de associação", mas também pressupõe que ninguém seja obrigado a criar ou a integrar uma associação, o que decorre da dimensão negativa do direito de associação.

A *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia* (art. 12.º), de 2000, estabelece que: "Todas as pessoas têm direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação a todos os níveis, nomeadamente nos domínios político, sindical e cívico, o que implica o direito de, com outrem, fundar sindicatos e de neles se filiarem para a defesa dos seus interesses.".

A *Carta Social Europeia Revista* (CSER), datada de 1996 e ratificada em 2002, estabelece no seu art. 5.º, que: "Com vista a garantir ou promover a liberdade dos trabalhadores e dos empregadores de constituírem organizações locais, nacionais ou internacionais para a protecção dos seus interesses económicos e sociais e de aderirem a estas organizações, as Partes comprometem-se a que a legislação nacional não restrinja nem seja aplicada de modo a restringir esta liberdade".

Importa salientar que o *Comité Europeu de Direitos Sociais* (CEDS), que monitoriza a aplicação da CSE e da CSER a partir dos relatórios apresentados pelos Estados Partes, nas conclusões de 2022, a respeito de Portugal, alude às Conclusões de 2014, onde considerou que a situação em Portugal não estava em conformidade com o artigo 5.º da Carta, pelo facto de os critérios utilizados para determinar a representatividade sindical não serem adequados.

O quadro regulatório português da matéria em apreço não prevê regras de representatividade sindical mínimas ou relativas à tipologia de associações sindicais que condicionem o exercício dos seus direitos, *inter alia*, no âmbito da negociação coletiva, ou para celebrar uma convenção coletiva.

Sem prejuízo, convém lembrar, de todo o modo, que os modelos de representatividade são diversos dentro da União Europeia [479], sendo que a leitura sobre a forma de regulação de cada um dos países nesta matéria, deve ser feita, segundo tem sido sustentado, também à luz da taxa de sindicalização. Contudo, conforme já se adiantou, a angariação de filiados defronta se com várias barreiras, barreiras que agudizam o alheamento do direito coletivo do trabalho, e que estão relacionadas com o recurso a formas de trabalho informal e com a precarização das relações de trabalho.

3.2. Tutela nacional

3.2.1. No plano constitucional

Tal como já foi referido, o direito à liberdade sindical tem respaldo na CRP. O art. 18.º da CRP determina que a liberdade sindical é reconhecida diretamente aos trabalhadores sem qualquer discriminação e está inserida no capítulo sobre direitos, liberdades e garantias, conferindo-lhes uma tutela reforçada.

Do disposto no artigo 46.º da CRP, que estabelece o direito à liberdade de associação, resulta que a liberdade de constituir sindicatos pressupõe o reconhecimento da liberdade de associação em geral.

O art. 55.º da CRP, sobre liberdade sindical, incorpora vários direitos e liberdades, entendidos numa perspetiva coletiva e numa perspetiva individual, onde se integra o direito de constituição e adesão a sindicatos, a liberdade de adesão, permanência ou desistência de qualquer sindicato e o direito à informação e consulta. O n.º 2, do referido art. consagra o *princípio do pluralismo sindical* que permite a formação de vários sindicatos, a coexistência de múltiplos sindicatos dentro do mesmo setor ou empresa, assegurando a liberdade de associação sindical e a representatividade dos trabalhadores.

Historicamente, o modelo de unicidade sindical vigorou durante vários anos em Portugal, sendo o pluralismo sindical uma manifestação da liberdade de associação sindical.

---

[479] Com maior desenvolvimento, veja-se o contributo da reflexão sociológica de HERMES AUGUSTO COSTA/ELÍSIO ESTANQUE/DORA FONSECA/MANUEL CARVALHO DA SILVA in *Poderes sindicais em debate. Desafios e oportunidades na Autoeuropa, TAP e PT/Altice*, Almedina, CES-Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2020, pp. 51-56.

Por sua vez, o n.º 4 do art. 55.º estipula um *princípio da autonomia sindical,* pois os sindicatos são independentes do Estado, dos partidos políticos, das entidades empregadoras e das confissões religiosas. Têm o direito de organizar a sua estrutura interna, a sua gestão e a sua atividade, assim como a elaboração dos seus estatutos.

O n.º 6 do referido art. 55.º integra o *direito à informação e consulta*, bem como à proteção legal adequada contra quaisquer formas de condicionamento, protegendo-os, assim, de qualquer forma de discriminação.

Em linha com os comandos constitucionais, o CT densifica o exercício da liberdade sindical. Veja-se o n.º 1 do art. 444.º do CT, de acordo com o qual o trabalhador tem o direito de, sem discriminação, se inscrever em sindicato que, na área da sua atividade, represente a categoria respetiva.

3.2.2. Na legislação laboral

O CT incorpora vários conceitos, nomeadamente o de sindicato enquanto "associação permanente de trabalhadores para defesa e promoção dos seus interesses socioprofissionais" (*vide* art. 442.º/1 CT), sendo o exercício da atividade sindical nas empresas garantido por via do reconhecimento de diversos direitos e proteções, regulados nos termos dos art. 460.º e ss do CT.

Em linha com os comandos constitucionais, o CT densifica o exercício da liberdade sindical. Veja-se o n.º 1 do art. 444.º do CT, de acordo com o qual o trabalhador tem o direito de, sem discriminação, se inscrever em sindicato que, na área da sua atividade, represente a categoria respetiva.

É ainda de salientar a previsão, que suscita vários problemas, do art. 497.º do CT, nos termos da qual é possível a não sindicalizados escolherem a convenção coletiva aplicável.

Em articulação com esta norma, o art. 492.º do CT determina que a convenção coletiva pode prever que o trabalhador possa articular essa escolha com o pagamento do montante nela estabelecido às associações sindicais envolvidas, a título de comparticipação nos encargos da negociação. Esta solução atende à necessidade de fazer com que os beneficiários da convenção possam contribuir para os custos sindicais associados ao processo negocial. Contudo, é uma previsão que, surgindo associada a várias formas de alargamento do âmbito pessoal de aplicação das convenções coletivas a não filiados, como é o caso das portarias de extensão, pode funcionar como desincentivo à sindicalização.

a) Direitos essenciais

O acervo de normas do CT recai sobre três direitos essenciais: direito de reunião (art. 461.º do CT), o direito a instalações (art. 464.º do CT) e o direito de afixação e de informação sindical (art. 465.º do CT).

O **direito de reunião (461.º do CT)** determina que os trabalhadores podem realizar reuniões no local de trabalho fora do horário de trabalho ou, em certos casos, durante o horário de trabalho, até um máximo de 15 horas por ano. Estas reuniões podem ser convocadas por um terço ou 50 trabalhadores do estabelecimento, pela comissão sindical ou intersindical, desde que seja assegurado o funcionamento dos serviços essenciais da empresa.

O **direito a instalações (464.º do CT)** prevê que o empregador deve pôr à disposição dos delegados sindicais que o requeiram um local apropriado ao exercício das suas funções, no interior da empresa ou na sua proximidade, disponibilizado a título permanente em empresa ou estabelecimento com 150 ou mais trabalhadores", constituindo uma contraordenação grave a violação deste artigo.

O **direito de afixação e de informação sindical (465.º do CT)** estabelece o direito de afixar nas instalações da empresa e em local apropriado disponibilizado pelo empregador, convocatórias, comunicações, informações ou outros textos relativos à vida sindical e aos interesses socioprofissionais dos trabalhadores, bem como proceder à sua distribuição, sem prejuízo do funcionamento normal da empresa.

Os direitos em apreço são atribuídos aos trabalhadores, mas também ao delegado sindical, à secção sindical da empresa, à comissão sindical de empresa e à comissão intersindical de empresa, nos termos do art. 442.º, n.º 1, alíneas e), f), g) e h) do CT**.**

b) Proteção Especial

Tendo em conta que os membros de ERCT, no exercício das suas funções, designadamente reivindicando melhoria das condições de trabalho dos restantes, estão mais vulneráveis à uma intervenção mais musculada por parte do empregador, o legislador contempla mecanismos de proteção dos delegados sindicais.

Existem, pois, um conjunto de fundamentos que norteiam a atribuição de uma proteção especial a representantes sindicais, que se prendem com exigências em termos de disponibilidade associadas às funções que desempenham, uma maior exposição a pressões e à maior permeabilidade a formas de cessação do contrato dado

o risco de serem vistos como pessoas incómodas à organização e o papel reivindicativo assumido por estes sujeitos laborais que pode colidir com critérios de gestão empresarial voltados para a contenção de custos.

No quadro destes direitos especiais insere-se o crédito de horas para o desempenho das funções representativas, a justificação das faltas dadas pelos trabalhadores eleitos para esses cargos (arts. 408.º-409.º e 467.º-468.º do CT), a proteção acrescida no despedimento, em sede disciplinar e a proteção em caso de transferência (410.º e 411.º do CT) .

O art. 463.º do CT estabelece o número máximo de delegados sindicais que beneficiam do regime de proteção. Em empresas com 50 trabalhadores sindicalizados, 1 delegado sindical, em empresas com 50 a 99 trabalhadores sindicalizados, 2 delegados, empresas com 100 a 199 trabalhadores sindicalizados, 3 delegados, empresas com 200 a 499 trabalhadores sindicalizados, 6 delegados e em empresas com 500 ou mais trabalhadores sindicalizados, o n.º de delegados é apurado a partir resultante da seguinte fórmula: 6 + [(nº de trabalhadores sindicalizados - 500): 200]. O resultado apurado: é arredondado para a unidade imediatamente superior. Estes delegados sindicais têm direito à presença e atuação na empresa.

Da proteção acrescida atribuída a estes trabalhadores resulta *que c*onstitui COG e é proibido e considerado nulo o acordo ou outro ato que vise:

a) Subordinar o emprego de trabalhador à condição de este se filiar ou não se filiar numa associação sindical ou de se retirar daquela em que esteja inscrito;

b) Despedir, transferir ou, por qualquer modo, prejudicar trabalhador devido ao exercício dos direitos relativos à participação em estruturas de representação colectiva ou à sua filiação ou não filiação sindical.

Esta proibição não se aplica apenas no âmbito do contrato de trabalho, mas também no setor das convenções coletivas de trabalho, sendo vedada a existência de cláusulas de *closed shop*, isto é, disposições em IRCT sindicais que estabeleçam a obrigatoriedade de filiação num sindicato como condição para ser contratado ou para manter o emprego.

4. Alterações ao quadro regulatório da liberdade sindical introduzidas pela Agenda do Trabalho Digno (ATD)

A Lei 13/2023, de 3 de abril, no âmbito da designada ATD, introduziu um conjunto de alterações em matéria de direito coletivo, designadamente em relação aos

meios de composição do conflito laboral coletivo, *maxime* da arbitragem, matéria que não será objeto de análise neste artigo e do regime jurídico aplicável à liberdade sindical.

As alterações em apreço tiveram impacto no direito à liberdade sindical, atribuindo um acervo de vários direitos a uma nova categoria de trabalhadores, os designados trabalhadores independentes economicamente dependentes (TIED)[480]. Entre os direitos concedidos aos TIED encontram-se direitos de pendor individual, como o de poderem assegurar temporariamente a atividade através de terceiros em caso de nascimento, adoção, ou assistência a filho e a neto, mas também direitos coletivos, designadamente o reforço do seu direito à representação coletiva, matéria que depende de regulamentação específica que ainda não conheceu a luz do dia. Além deste alargamento foram atribuídos direitos associados à atividade sindical em empresas sem trabalhadores filiados.

As alterações, sem prejuízo da evocação de dúvidas interpretativas, agudizadas pela falta de regulamentação específica, foram vistas, genericamente, por parte da doutrina, como positivas[481].

Contudo, houve também quem suscitasse, a propósito destas alterações, sérias dúvidas de constitucionalidade, invocando compressão da liberdade de iniciativa económica privada e o direito de propriedade privada (arts. 61.º e 62.º CRP)[482].

Sem prejuízo das questões interpretativas que careceriam de clarificação no quadro de legislação específica, assinala-se a avaliação globalmente positiva das alterações introduzidas pela ATD, nomeadamente atenta a preocupação do legislador com a evolução digital e a necessidade de acautelar as inúmeras possibilidades de intervenção da inteligência artificial nas relações de trabalho[483].

---

[480] A propósito desta nova categoria de trabalhadores, ler MARIA REGINA REDINHA, «Trabalho economicamente dependente: the soft labour approach», *Questões laborais, n.º 63,* Almedina, 2023, pp. 7-16.

[481] Nesse sentido, por exemplo, LUÍSA TEIXEIRA ALVES, «Trabalho digno e novo direito sindical» in *Colóquio Sindicalismo, trabalho e Cidadania, 90 anos depois do 18 de janeiro de 1934*, João Freire/Luísa Veloso/João Loureiro/Renato Pistola, ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa, 2024, pp. 211-227, [222-223], ANA TERESA RIBEIRO, «A liberdade sindical e a contratação coletiva na agenda do trabalho digno», in *XIII Colóquio de Direito do Trabalho. Agenda do Trabalho digno, Colóquios do Supremo Tribunal de Justiça*, 2024, pp. 40-53, [52-53]

[482] Perfilham esta entendimento, PEDRO ROMANO MARTINEZ/ LUÍS GONÇALVES DA SILVA, «Constituição e agenda do trabalho digno», *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, ano III, 2023, n.º 4, pp. 323-328, [326].

[483] Permita-se recuperar a avaliação já efetuada em JOANA NETO, «A agenda do trabalho digno: atos e omissões em matéria de tutela laboral em razão da deficiência», in *Revista do CEJ, II-2022*, 2024, Lisboa, pp. 121-150

A lei em apreço foi objeto de um pedido de fiscalização da constitucionalidade por parte da Provedora da Justiça[484], debruçando-se sobre várias normas[485], designadamente a norma do artigo 10.º que permite que os TIED se possam fazer substituir, por exemplo, para efeitos de nascimento ou assistência a filho.

Os argumentos invocados pela Provedoria resumem-se, grosso modo, à ideia de que existe uma limitação indevida à liberdade de iniciativa económica privada e ao direito à propriedade privada, projetada na liberdade contratual, enquanto expressão da autonomia privada, restringindo excessivamente esse direito do credor da prestação laboral.

Não se acompanham os fundamentos que sustentam o pedido em apreço, por se entender que o núcleo essencial do direito à liberdade de iniciativa económica privada não foi colocado em causa. Esta revisão da legislação laboral, designadamente as alterações em concreto, objeto do pedido de fiscalização, e que extravasam as que foram objeto de análise neste estudo, procuraram, acautelando bens e valores constitucionalmente protegidos, nomeadamente os vários direitos que irradiam do direito à segurança no emprego, contemplado no artigo 53.º, do direito dos trabalhadores a condições dignas, previsto no artigo 59.º, do direito à saúde, consagrado no artigos 64.º, dos direitos à proteção da família, que emana do artigo 67.º e do direito à maternidade e paternidade, plasmado no artigo 68.º, todos da CRP.

4.1. Os TIED: uma nova categoria de trabalhadores

Os TIED são trabalhadores que obtenham de uma **entidade contratante** mais de **50%** do valor total dos seus rendimentos anuais resultantes da atividade independente que determinem a constituição de obrigação contributiva. Assim, considera-se haver dependência económica, à luz do n.º 2 do art. 10.º do CT, quando o prestador de trabalho seja uma pessoa singular que preste, diretamente e sem intervenção de terceiros, uma atividade para o mesmo beneficiário, e dele obtenha o produto da sua atividade de acordo com o disposto no artigo 140.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social[486].

---

[484] PROVEDORIA DE JUSTIÇA, *Requerimento de 23/10/2023*. Disponível em: https://www.provedor-jus.pt/documentos/2023_10_23_Requerimento%20Tribunal%20Constitucional_agenda%20trabalho%20digno.pdf

[485] A Lei n.º 13/2023 integra uma norma que limita o recurso à terceirização de serviços nos 12 meses subsequentes a um despedimento por extinção do posto de trabalho e despedimento coletivo.

[486] O art. 140.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social dispõe o seguinte: «**Artigo 140.º - Entidades contratantes**

O critério fixado para aferir a dependência económica já foi objeto de críticas[487], mas este artigo não se deterá nessa análise, ainda que, sem maiores desenvolvimentos, se sustente que mais de 50% do total do valor dos rendimentos parece ser um critério equilibrado.

Não é despiciendo que, conforme alerta GUILHERME DRAY, também se enquadram na situação de dependência económica os casos de exclusividade, que correspondam com um monopólio, isto é, quando o prestador de atividade receba «encomendas do beneficiário e essas encomendas só tenham interesse para aquele beneficiário»[488].

À luz do art. 10.º-A do CT, as pessoas em situação de dependência económica têm direito: i) à representação dos seus interesses socioprofissionais por associação sindical e por comissão de trabalhadores; ii) à negociação de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho negociais, específicos para trabalhadores independentes, através de associações sindicais; iii) à aplicação dos instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho negociais já existentes e aplicáveis a trabalhadores, nos termos neles previstos; iv) à extensão administrativa do regime de uma convenção coletiva ou de uma decisão arbitral, e v) à fixação administrativa de condições mínimas de trabalho.

Consoante é explicitado por GUILHERME DRAY, estão em causa dois níveis de direitos, por um lado, os TIED podem ser representados por associações sindicais e comissões de trabalhadores e através das associações sindicais podem negociar IRCT específicos para trabalhadores independentes e, por outro lado, podem beneficiar da aplicação de IRCT negociais já existentes, desde que sejam expressamente dirigidos a

1 - As pessoas coletivas e as pessoas singulares com atividade empresarial, independentemente da sua natureza e das finalidades que prossigam, que no mesmo ano civil beneficiem de mais de 50 % do valor total da atividade de trabalhador independente, são abrangidas pelo presente regime na qualidade de entidades contratantes.
2 - A qualidade de entidade contratante é apurada apenas relativamente aos trabalhadores independentes que se encontrem sujeitos ao cumprimento da obrigação de contribuir e tenham um rendimento anual obtido com prestação de serviços igual ou superior a seis vezes o valor do IAS.
3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, consideram-se como prestados à mesma entidade contratante os serviços prestados a empresas do mesmo agrupamento empresarial».

[487] Cfr. LUÍSA TEIXEIRA ALVES, «Trabalho digno e novo direito sindical» in *Colóquio Sindicalismo, trabalho e Cidadania, 90 anos depois do 18 de janeiro de 1934*, João Freire/Luísa Veloso/João Loureiro/Renato Pistola, ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa, 2024, pp. 211-227, [214-216]

[488] GUILHERME DRAY, «Anotação ao Art. 10.º», *Código do Trabalho Anotado, in* Pedro Romano Martinez [et alt.], Almedina, 2025, 14.ª edição, pp. 76-77.

este universo de trabalhadores, podendo ainda beneficiar de IRCT não negociais, como portaria de extensão, de condições de trabalho e condições mínimas[489].

Não obstante, o n.º 2 do referido artigo 10.º-A remete para legislação específica, ainda por publicar, que deve assegurar o acompanhamento por comissão de trabalhadores e por associação sindical. As convenções coletivas especificamente negociadas com os TIED devem cumprir o disposto nos artigos 476.º e seguintes que requerem consulta prévia das associações de trabalhadores independentes representativas do setor.

À luz da alínea c) do n.º 2, do mesmo art. 10.ºA, a regulamentação deverá determinar que a aplicação de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho já existentes aos TIED que desempenhem funções correspondentes ao objeto social da empresa por um período superior a 60 dias, depende de escolha, aplicando-se com as necessárias adaptações o disposto no artigo 497.º.

Ora, assim, aos TIED, por força da previsão legal em apreço, é atribuído o direito de as ERCT afixarem convocatórias, comunicações, informações ou outros textos relativos à vida sindical e aos interesses socioprofissionais dos trabalhadores no portal interno da empresa em local disponibilizado para o efeito, bem como proceder à sua distribuição por via de lista de distribuição de correio eletrónico para todos os trabalhadores em regime de teletrabalho, disponibilizada pelo empregador. Esta alteração surge como resposta legal ao aumento de formas de trabalho *online* e, dentre elas, o teletrabalho.

Algumas das alterações mais controversas introduzidas pela alteração em apreço relacionam-se ainda com a atribuição, plasmada nos artigos 10.º, n.º 1, 10.º-A e 10.º-B do CT, de um conjunto de novos direitos, direitos esses de natureza sindical, aos chamados trabalhadores independentes economicamente dependentes (TIED), direitos que, em regra, são apenas reconhecidos aos trabalhadores dependentes.

Neste quadro merece especial destaque a previsão do art. 497.º do CT relacionado com a possibilidade de lhes serem aplicados instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho (IRCTs) negociais, em vigor no âmbito do mesmo setor de atividade, profissional e geográfico, mas também do direito de reunião, do direito a instalações e do direito de informação e de afixação sindical.

[489] GUILHERME DRAY, «Anotação ao Art. 10.º -A», *Ibidem*, pp. 79-80.

4.2. Direito de filiação dos TIED?

Ao alargamento do espectro de direitos concedidos aos TIED, não foi associado o direito dos TIED se constituírem e filiarem em sindicatos.

Não obstante, a atribuição expressa do direito à filiação sindical a prestadores economicamente independentes não ficou consagrada na lei, mas parte da doutrina já o reconhece.

JOÃO REIS defende esse alargamento,[490] ao passo que MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO considera que esse direito se restringe a trabalhadores subordinados[491]. Por sua vez, LUÍSA TEIXEIRA ALVES considera que possibilitar aos TIED a admissibilidade de sindicalização por parte dos TIED é uma solução em linha com CRP e o Direito Internacional e não carece de consagração expressa[492].

ANA TERESA RIBEIRO admite dois cenários possíveis à luz da opção legislativa de não conceder o direito à sindicalização aos prestadores economicamente dependentes, admitir a filiação nas associações sindicais em linha com os instrumentos internacionais que vinculam, nesta sede, o Estado Português e permitir, não obstante, que os sindicatos os representem na negociação de IRCT sem lhes atribuir esse direito[493].

É de sublinhar que, sem prejuízo de não existir essa consagração expressa, já há sindicatos que admitem a possibilidade de sindicalizar trabalhadores independentes e '*free lancers*'[494], mediante uma apreciação casuística que atenda à sua situação de facto e, desde logo, à sua condição de 'falso trabalhador independente'.

Parece incontornável este reconhecimento do direito à filiação sindical em termos mais alargado, sendo esta a solução mais em linha com do Direito Europeu e Internacional.

4.3. Direito de reunião

---

[490] *Vide* JOÃO REIS, *O conflito colectivo de trabalho*, Gestlegal, Coimbra, 2017, pp. 296 e ss.
[491] MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte III – Situações laborais colectivas*, 4.ª ed. actualizada, Coimbra, Almedina, 2023, p. 48.
[492] LUÍSA TEIXEIRA ALVES, «Trabalho digno e novo direito sindical» … cit. p. 217.
[493] ANA TERESA RIBEIRO, «A liberdade sindical e a contratação coletiva na agenda do trabalho digno», in *XIII Colóquio de Direito do Trabalho. Agenda do Trabalho digno, Colóquios do Supremo Tribunal de Justiça*, 2024, pp. 40-53, [44].
[494] Veja-se o caso do CENA-STE, Sindicato dos Trabalhadores de Espetáculos, do Audiovisual e dos Músicos. Informação adicional disponível em: http://www.cena-ste.org/membros/pedido_de_filiacao_no_cena_ste.html

Outra alteração introduzida pela ATD prende-se com a atribuição do direito à atividade sindical em empresas sem trabalhadores sindicalizados.

A aplicação das normas dos artigos 461.º, relativos ao *direito de reunião*, 464.º, referente ao *direito a instalações*, e 465.º, *direito de informação e afixação sindical* tem sido suscitado várias dúvidas, associadas à reivindicação da necessidade de regulamentação que permita ultrapassar as insuficiências do quadro legal vigente e críticas.

O exercício do direito de reunião, plasmado no art. 461.º do CT, atribui, grosso modo, aos trabalhadores não filiados a prerrogativa de realizar reuniões no local de trabalho.

De acordo com a posição de ANA TERESA RIBEIRO, as reuniões poderão (apenas) ser convocadas diretamente pelos trabalhadores, os quais, doravante e mesmo sem serem sindicalizados, poderão convidar dirigentes de sindicatos que tenham interesse em aí estar presentes[495].

Em moldes idênticos, LUÍSA TEIXEIRA ALVES entende que a extensão do direito de reunião aos TIED é compatível com uma visão ampla dos direitos fundamentais dos trabalhadores[496].

Conforme explicita, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, a inclusão do n.º3 no art. 460.º do CT, tem como objetivo a promoção da filiação sindical[497].

Na verdade, nada parece obstar a este exercício, desde que o seu exercício comprovadamente se relacione com o desenvolvimento de ações reivindicativas dirigidas por trabalhadores em matérias que lhes digam diretamente respeito. Não obstante as as atividades em apreço devem ser intermediadas por organizações sindicais cuja presença aqueles solicitem.

4.4. Direito a instalações

O direito a instalações, consagrado no art. 464.º do CT, pressupõe que empregador coloque à disposição dos delegados sindicais que o requeiram um local apropriado ao exercício das suas funções, no interior da empresa ou na sua proximidade.

---

[495] ANA TERESA RIBEIRO, ob. cit., pp.45-46.
[496] LUÍSA TEIXEIRA ALVES, ob. cit., p. 221-222.
[497] LUÍS GONÇALVES DA SILVA, «Anotação ao artigo 460.º», *Código do Trabalho Anotado, in* Pedro Romano Martinez [et al.], Almedina, 2025, 14.ª edição, pp. 1108-1109.

JÚLIO GOMES entende que acesso à empresa ou "à sua proximidade" pressupõe o acesso pelos sindicalistas, mesmo quando não existem trabalhadores filiados em qualquer associação sindical[498].

Já ANA TERESA RIBEIRO interpreta esta norma de forma restritiva, considerando que é possível que seja requerido por trabalhadores da empresa e não por outros[499].

MARIA LUÍSA ALVES discorda desta extensão, tendo em conta o ónus imposto ao empregador[500].

Numa visão salomónica desta questão, parece que o direito a instalações por parte de trabalhadores não filiados deve ser intermediado pelos sindicalistas, tendo sempre presente o desiderato de representação dos interesses que os sindicatos representam ou podem vir a representar, de forma direta ou indireta.

4.5. Direito de informação e afixação sindical

O direito em apreço, que resulta do disposto no art. 465.º do CT, passa a poder ser exercidos, com as devidas adaptações, mesmo em empresas onde não haja trabalhadores filiados em sindicatos.

Em linha com a posição sustentada anteriormente, os trabalhadores podem afixar informação relativa a interesses socioprofissionais em disputa, que deverá ser prestada na sequência de intermediação, diálogo com as organizações sindicais existentes, mas nunca deverá ser inibida por estas.

De acordo com ANA TERESA RIBEIRO é possível que seja requerida por trabalhadores da empresa e não por outros[501]. Já MARIA LUÍSA ALVES entende esta extensão a não sindicalizados à luz do princípio da universalidade da greve, mas não para informação relativa a interesses socioprofissionais que cabe às ERCT e aos sindicatos[502].

O art. 106.º, n.º 3, alargou o leque de matérias que o empregador deve informar o trabalhador, introduzindo uma al. s) que inclui os critérios, as regras e as instruções em que se baseiam os algoritmos ou outros sistemas de inteligência artificial que

---

[498] JÚLIO GOMES, «A Lei n.º 13/2023 de 3 de abril: uma mudança de paradigma em matéria de di reito sindical?», in *Reforma da legislação laboral – Trabalho digno, conciliação entre a vida profissional e familiar*, coord.: Maria do Rosário Ramalho, Catarina de Oliveira Carvalho, Joana Nunes Vicente, Estudos APODIT 11, Lisboa, AAFDL, 2023, pp. 74 e ss.
[499] ANA TERESA RIBEIRO, ob. cit., p. 46.
[500] LUÍSA TEIXEIRA ALVES, ob. cit., p.222.
[501] ANA TERESA RIBEIRO, ob. cit., pp. 45-47.
[502] LUÍSA TEIXEIRA ALVES, ob. cit., p. 221.

afetam a tomada de decisões sobre o acesso e a manutenção do emprego, assim como as condições de trabalho, incluindo a elaboração de perfis e o controlo da atividade profissional.

O CT incluiu, na al. o) do art. 3.º, relativo às relações entre fontes de regulação, designadamente o n.º3, do art. 3.º que dispõe que "as normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que, sem oposição daquelas normas, disponha em sentido mais favorável aos trabalhadores em relação a um conjunto de matérias, que o «o uso de algoritmos, inteligência artificial e matérias conexas, nomeadamente no âmbito do trabalho nas plataformas digitais», as normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que, sem oposição daquelas, disponha em sentido mais favorável aos trabalhadores.

Por sua vez, o art. 24.º do CT, que versa sobre os direitos à igualdade de oportunidades e de tratamento no acesso ao emprego, na formação e promoção ou carreira profissionais e nas condições de trabalho, passou a contemplar que não podem ser prejudicados pela «tomada de decisões baseadas em algoritmos ou outros sistemas de inteligência artificial» (n.º 3).

Em linha com este reforço do acesso à informação disponibilizada aos trabalhadores e às suas ERCT, o art. 424.º, n.º1, al. j) e o artigo 466.º do CT, relativo ao direito à informação e consulta veio estabelecer que o delegado sindical tem direito a informação e consulta em várias matérias, nomeadamente acesso aos parâmetros, critérios, regras e instruções em que se baseiam os algoritmos ou outros sistemas de inteligência artificial que afetam a tomada de decisões sobre o acesso e a manutenção do emprego, assim como condições de trabalho, incluindo a elaboração de perfis e o controlo da atividade profissional.

Sem prejuízo da mais-valia desta alteração, sobretudo pelo facto de identificar uma preocupação legítima do legislador ordinário e de apontar caminhos com vista a maior inteligibilidade e transparência no recurso dos sistemas em apreço, é importante que sejam encontrados mecanismos que garantam um efetivo escrutínio por parte das ERCT, mecanismos esses que ainda estão por definir e regulamentar.

4.6. Direito à negociação coletiva

A celebração de convenções coletivas emanação do direito à negociação coletiva é reconhecida como direito fundamental no art. 28.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).

No quadro das rápidas transformações que têm ocorrido no mundo de trabalho, assiste-se a trabalhadores a exercer funções idênticas a uma variedade de empregadores numa situação de grande indeterminabilidade do seu vínculo e consequente desproteção social.

O processo de 'plataformização', mas também a utilização cada vez mais massificada ao teletrabalho, isto é, o trabalho à distância com recurso a novas tecnologias,têm produzido impactos, identificados em vários estudos académicos[503], designadamente enviesamentos discriminatórios[504], segmentação do mercado de trabalho, precariedade e exclusão do direito coletivo do trabalho. Nestes efeitos perversos, inscreve-se uma significativa redução do poder negocial por parte de trabalhadores que parecem escapar à qualificação tradicional de trabalhadores dependentes. O surgimento de novas categorias de trabalhadores, nomeadamente os 'novos' empresários em nome individual, que parecem ser impelidos a forjar uma condição que escamoteia a sua inserção numa organização alheia, como é o caso dos trabalhadores de plataformas digitais e dos trabalhadores em situação de dependência económica, ainda que desenvolvendo a sua atividade de forma aparentemente independente, suscita um amplo debate académico.

Este debate prende-se com a tensão entre Direito do Trabalho e o Direito da Concorrência, nomeadamente no que concerne à compatibilidade com o Direito da Concorrência da UE. Essa tensão que, como já foi sustentado, é imperioso ultrapassar, uma vez que tem contribuído para o 'dumping' social e para a distorção de uma economia social de mercado promotora da justiça social, plasmada no n.º3, do artigo 3.º do Tratado da União Europeia e compromete a aplicação dos direitos sociais e humanos, plasmados no Tratado da União Europeia, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, bem como nas Convenções da OIT a que os Estados-Membros

---

[503] Veja-se, por exemplo, BOGLIACINO, FRANCESCO; CODAGNONE, CRISTIANO; CIRILLO, VALERIA; GUARASCIO, DARIO, *Quantity and quality of work in the platform economy*, GLO Discussion Paper, No. 420, Global Labor Organization (GLO), Essen, 2019, pp. 17-18.

[504] Permita-se referenciar, a respeito dos riscos e oportunidades que se colocam a grupos vulneráveis em razão da deficiência e estado de saúde, JOANA NETO, «O estranho caso do direito ao teletrabalho dos trabalhadores com deficiência e risco agravado de saúde», in *La protección del trabajo frente a las crisis y transiciones actuales: perspectivas nacionales e internacionales*, Lourdes Mella Méndez/ Francisco J. Tapia Guerrero (dir.), Rodrigo Ignacio Palomo Vélez / Silvia Fernández Martínez/ Bárbara Torres García (coord.), Aranzadi, 2024, pp. 435-460.

estão vinculados[505]. Em causa está a atribuição de direitos, nomeadamente em matéria de negociação coletiva e a aplicação de convenções coletivas e, bem assim, a admissibilidade de sindicalização e da organização de sindicatos próprios, por parte de profissionais que não se subsumem, pelo menos de forma imediata, à categoria de trabalhadores subordinados.

Um dos aspetos mais controversos desta alteração prende-se com a negociação coletiva vocacionada para prestadores independentes e a sua compatibilidade com o direito da concorrência, nomeadamente com a proibição constante do art. 101.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) que determina que são incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) já foi chamado a pronunciar-se sobre esta questão, designadamente no Acórdão Kunsten[506] e no Acórdão Albany[507], que se inclinaram para a inoponibilidade da negociação coletiva a trabalhadores independentes[508].

O Acórdão Kunsten debruçou-se sobre uma convenção coletiva de trabalho relativa aos músicos substitutos em orquestras neerlandesas que fixava as remunerações mínimas dos músicos que substituem os membros de uma orquestra, quer tivessem, para o efeito, celebrado um contrato de trabalho ou de prestação de serviços com essa orquestra. A CCT em causa continha igualmente disposições relativas aos «substitutos independentes».

O Advogado-Geral, Nils Wahl, nas suas conclusões, apresentadas em 11 de setembro de 2014, concluiu que o órgão jurisdicional de reenvio deveria, em especial, apurar se as disposições em causa «melhoram diretamente as condições de trabalho e de emprego dos trabalhadores por conta de outrem, prevenindo genuína e efetivamente o dumping social, e se não ultrapassam o que é necessário para alcançar este

---

[505] IOANNIS LIANOS; NICOLA COUNTOURIS; VALERIO DE STEFANO, «*Rethinking the Competition Law/Labour Law Interaction, Promoting a Fairer Labour Market» in European Labour Law Journal,*10(3):291-333,[329].

[506] Ac. *FNV Kunsten*, Proc. C 413/13 (1.ª secção), de 4/12/2014. Disponível em: CURIA - Documents

[507] Ac. *Albany International BV*, Proc. C-67/96, de 21/09/1999. Disponível em: CURIA - Documents

[508] A este respeito, recomenda-se a leitura de ANA TERESA RIBEIRO, *ob. cit*. pp. 42-43 e José Pedro Pinto, *Aplicação do direito da concorrência da UE às convenções coletivas relativas às condições de trabalho dos trabalhadores independentes sem empregados,* Observatório da aplicação do direito da concorrência, disponível em: https://fd.porto.ucp.pt/pt-pt/asset/10056/file

objetivo»[509]. Em relação à convenção coletiva de trabalho, o Advogado-Geral considerou que só estão fora do âmbito de aplicação da proibição de não concorrência as disposições em causa que melhorem diretamente as condições de trabalho e de emprego dos trabalhadores por conta de outrem e que não se dirijam diretamente aos trabalhadores independentes.

Em linha com as referidas conclusões, o TJUE concluiu que a violação do direito da concorrência apenas não ocorreria no caso dos prestadores de serviços serem "falsos trabalhadores independentes"[510].

Contudo, a Comissão Europeia, nas suas Orientações sobre a aplicação do direito da concorrência da União Europeia às convenções coletivas relativas às condições de trabalho dos trabalhadores independentes individuais, veio excecionar a aplicação do direito da concorrência da UE*:*

> *i) «às convenções* coletivas de trabalhadores independentes que se encontrem numa ***situação comparável à dos trabalhadores*** e, para o efeito, esclarece que se refere aos que prestam os seus serviços exclusiva ou predominantemente a uma única empresa, desempenham as mesmas funções ou tarefas semelhantes «lado a lado» com os trabalhadores da mesma empresa, ou prestam os seus serviços através de uma plataforma de trabalho digital, tal como um sítio Web ou uma aplicação que organiza o trabalho realizado por pessoas»
>
> *ii)* «aos acordos coletivos celebrados por trabalhadores independentes que se encontrem numa **posição de negociação fraca**, por exemplo, quando existe um desequilíbrio no poder de negociação em negociações com empresas economicamente mais fortes ou quando encetam negociações coletivas na sequência de legislação nacional ou da UE».[511]

---

[509] Conclusões do Advogado-Geral Nils Wahl, apresentadas em 11 de setembro de 2014, Processo C-413/13. Disponível: CURIA - Documents

[510] *Vide* o valioso contributo de IOANNIS LIANOS; NICOLA COUNTOURIS; VALERIO DE STEFANO, «*Rethinking the Competition Law/Labour Law Interaction, Promoting a Fairer Labour Market» in European Labour Law Journal,* 10(3):291-333,[329].

[511] Comunicação da Comissão: *Orientações sobre a aplicação do direito da concorrência da União às convenções coletivas relativas às condições de trabalho dos trabalhadores independentes individuais*, 2022/C 374/02, Jornal Oficial da União Europeia, 2022. Disponível em: **EUR-Lex - 52022XC0930(02) - EN - EUR-Lex**

A doutrina[512] já havia proposto um contributo, justamente nestes termos, por parte da Comissão Europeia, designadamente a exclusão da limitação à livre concorrência em relação a convenções coletivas que abranjam os trabalhadores, incluindo os trabalhadores independentes que prestam trabalho e serviços pessoais se prosseguirem trabalho ou serviços sob o controlo direto, indireto ou influência decisiva do empregador, falsos trabalhadores independentes, trabalhadores economicamente dependentes de um cliente principal e ainda trabalhadores por conta própria que prestam trabalho e serviços pessoais em setores e indústrias em que a ausência de uma convenção coletiva enfraqueça significativamente a sua posição negocial, aumentando o risco de dumping social ou de substituição. Em suma, trata-se de proteger os termos e condições mínimos de emprego.

Não obstante, estas orientações não têm força vinculativa própria, logo não são oponíveis ao TJUE.

Do ponto do de vista dos seus interlocutores, a negociação coletiva levada a cabo por protagonistas que não são entidades sindicais já tem ocorrido no sistema laboral português, sendo o exemplo mais emblemático o caso da Autoeuropa[513], em que a comissão de trabalhadores, numa lógica colaborativa, se assumiu como parte na celebração de acordos. Trata-se da designada negociação coletiva atípica[514], com a administração da empresa.

Contudo, a falta de regulamentação da matéria atinente à negociação e aplicação de convenções coletivas a trabalhadores independentes, à consagração expressa do seu direito de sindicalização e à possibilidade de formarem sindicatos permanece como uma matéria sem manifestações práticas de maior expressão.

5. Conclusões

No quadro das profundas e rápidas transformações que têm ocorrido no mundo do trabalho, o nó górdio de um quadro regulatório que acautele a manutenção do direito

---

[512] IOANNIS LIANOS; NICOLA COUNTOURIS; VALERIO DE STEFANO, «*Rethinking the Competition Law/Labour Law Interaction, Promoting a Fairer Labour Market», in European Labour Law Journal* , 10(3):291-333,[329].

[513] A respeito deste caso, ler HERMES AUGUSTO COSTA/ELÍSIO ESTANQUE/DORA FONSECA/MANUEL CARVALHO DA SILVA, «Sector metalúrgico: estudo de caso da Autoeuropa», *Poderes sindicais em debate. Desafios e oportunidades na Autoeuropa, TAP e PT/Altice*, Almedina, CES, 2020, pp. 91-135.

[514] Para uma problematização dogmática da negociação coletiva atípica, ler MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Negociação Colectiva Atípica*, Almedina, Coimbra, 2009.

à liberdade sindical assenta numa conjugação de vetores de intervenção que alargam as suas fronteiras.

Por um lado, é necessário garantir o acesso das estruturas representativas dos trabalhadores a esse espaço que é aberto pela tecnologia e que facilmente pode capturar, de modo pouco transparente, direitos fundamentais dos trabalhadores.

Por outro lado, é fundamental promover a filiação sindical por parte de novos trabalhadores, nomeadamente dos economicamente dependentes, permitindo que possam ser agentes ativos no reconhecimento de direitos laborais, designadamente por via da negociação coletiva.

Para o efeito, é necessário alargar os direitos concedidos a novas categorias de trabalhadores como os TIED, permitindo-lhes exercer os seus direitos de liberdade sindical e atribuindo-lhes, a montante, e de forma expressa, a faculdade de se sindicalizarem. Essa atribuição de forma inequívoca, do direito de filiação, permitirá, a jusante, o reconhecimento efetivo dos seus direitos de participar no processo de negociação coletiva, nomeadamente quanto a matérias que lhes digam diretamente respeito, bem como de exercer o seu direito à greve.

O direito à liberdade sindical, nos nossos dias, pressupõe um esforço de adaptação que permita aos representantes sindicais ampliar o seu espaço de intervenção, mas também repensar todos os mecanismos legais de desincentivo à filiação sindical[515].

O nó górdio de um regime jurídico-laboral que acautele o direito fundamental à liberdade sindical assenta na garantia da tutela laboral e de proteção social de todos os sujeitos das relações de trabalho, independentemente da especificidade da atividade ou dos moldes em que esta é desenvolvida.

A atribuição de direitos de representação sindical a uma nova categoria de trabalhadores, os trabalhadores independentes economicamente dependentes (TIED) e o alargamento do direito à atividade sindical em empresas sem trabalhadores filados, desencadeada no âmbito da ATD, corresponde a um imperativo de justiça no quadro das relações laborais.

---

[515] Veja-se o caso paradigmático da escolha da convenção coletiva aplicável prevista no art. 497.º do Código do Trabalho. A este respeito, recomenda-se a leitura de LUÍS GONÇALVES DA SILVA «Da escolha do trabalhador da Convenção Coletiva aplicável», *Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 4*, 2018, n.º 4, pp. 1969-2034, [1992-1996]. Leia-se ainda, pela visão desta norma como anti-sindical, JÚLIO GOMES "Código do Trabalho de 2009 e a Promoção da Desfiliação Sindical", *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, 2010, p. 179.

É fundamental uma resposta adequada do sistema jurídico português face a um desfasamento que se vai agudizando entre o quadro normativo vigente que deixa de fora um conjunto significativo de trabalhadores da necessária proteção laboral e social. Essa décalage assenta no evidente afastamento do conceito de trabalhador tradicional ou do modelo clássico de organização de trabalho que está, ainda, muito presente no desenho das normas laborais vigentes e no corpo normativo do Código do Trabalho.

A falta de regulamentação específica deixa fissuras interpretativas que podem condicionar o acesso a um acervo de direitos de liberdades que se projetam no direito à informação, no direito de reunião, no acesso a instalações, por parte dos TIED e de trabalhadores não filiados que pode comprometer a sua efetivação.

Veja-se que, a própria Comissão Europeia, veio, porventura em resposta a um repto doutrinal, responder a esse imperativo social de respeito pelos direitos laborais que não podem ficar reféns de um direito da concorrência que promova o 'dumping social'.

A consagração expressa do direito de filiação dos TIED é fundamental para dar corpo a um conjunto de direitos que estão acoplados à filiação sindical, nomeadamente o direito à negociação coletiva e à greve. Sem esse reconhecimento, sem prejuízo da bondade de organizações sindicais que procuram modernizar-se e atender à especificidade do setor promovendo uma filiação sindical mais ampla, fica por clarificar o sentido destas alterações.

Contudo, a filiação sindical é só a ponta do icebergue. Na verdade, sem regulamentação específica há um conjunto de direitos coletivos que a reforma laboral veio reconhecer que parecem comprometidos por dúvidas interpretativas e dificuldades de operacionalização sem fim à vista.

LA LIBERTAD SINDICAL EN CHILE

Hector Humeres Noguer[516]

INTRODUCCION

La libertad sindical es un derecho fundamental que permite a los trabajadores formar y unirse a sindicatos para proteger sus intereses laborales. Este derecho ha sido crucial en la lucha por mejores condiciones de trabajo, salarios justos y la defensa de otros derechos laborales. A lo largo de la historia, la libertad sindical ha evolucionado significativamente, influyendo en las relaciones laborales en todo el mundo.

La historia de la libertad sindical se remonta a la Revolución Industrial en el siglo XVIII, cuando las condiciones de trabajo en las fábricas eran extremadamente severas. Los trabajadores comenzaron a organizarse en asociaciones para demandar mejores condiciones laborales y salarios. Las primeras manifestaciones de sindicalismo surgieron en Gran Bretaña, donde los trabajadores comenzaron a formar sociedades amistosas para apoyarse mutuamente en caso de enfermedad, desempleo u otras dificultades.

Con el tiempo, estas sociedades amistosas evolucionaron hacia organizaciones más estructuradas y centradas en la negociación colectiva. A mediados del siglo XIX, los sindicatos comenzaron a ganar reconocimiento legal en varios países europeos. En 1868, el Congreso de Sindicatos (TUC) se fundó en Gran Bretaña, marcando un hito importante en la historia del movimiento sindical. Este periodo también vio la aparición de los sindicatos en Estados Unidos y otros países industrializados.

[516] Abogado. Profesor titular Facultad de Derecho Universidad de Chile. Presidente ILERA Chile.

El siglo XX fue testigo de una expansión significativa del movimiento sindical. Tras la Primera Guerra Mundial, el Tratado de Versalles de 1919 incluyó la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuyo objetivo era promover los derechos laborales, incluyendo la libertad sindical. La OIT adoptó varias convenciones que reconocían el derecho de los trabajadores a unirse a sindicatos y participar en la negociación colectiva.

En América Latina, el movimiento sindical comenzó a cobrar fuerza en la primera mitad del siglo XX. Países como Argentina, México y Brasil vieron el surgimiento de poderosos sindicatos que lucharon por mejores condiciones laborales y sociales. En México, la Constitución de 1917 reconoció el derecho de los trabajadores a formar sindicatos, lo que impulsó el crecimiento del movimiento obrero en la región.

A lo largo de la historia, la libertad sindical ha enfrentado numerosos desafíos. En muchas ocasiones, los gobiernos y las empresas han intentado reprimir el movimiento sindical mediante la violencia, la intimidación y la legislación restrictiva. Sin embargo, los trabajadores han continuado luchando por sus derechos, y el movimiento sindical ha resurgido una y otra vez.

Durante décadas muchos sindicatos fueron disueltos y sus líderes perseguidos. A pesar de la represión, el movimiento sindical sobrevivió. En la década de 1980, con el retorno de los gobiernos democráticos, los sindicatos recuperaron su influencia y continuaron trabajando por los derechos laborales.

En la actualidad, la libertad sindical sigue siendo un tema relevante en todo el mundo. Aunque los sindicatos han perdido fuerza en algunos países debido a la globalización y los cambios en el mercado laboral, siguen siendo una herramienta vital para la defensa de los derechos laborales. La OIT continúa promoviendo la libertad sindical a través de sus convenios y recomendaciones, y muchos países han adoptado legislaciones que protegen este derecho fundamental.

El movimiento sindical enfrenta varios desafíos en la era contemporánea. La precarización del empleo, la digitalización del trabajo y la globalización han cambiado el panorama laboral, y los sindicatos deben adaptarse a estos nuevos contextos. Sin embargo, la lucha por la libertad sindical y los derechos laborales continúa, y los trabajadores siguen organizándose para hacer frente a las injusticias en el lugar de trabajo.

La historia de la libertad sindical es una historia de lucha y resistencia. Desde sus humildes comienzos en la Revolución Industrial hasta los desafíos contemporáneos, los sindicatos han sido una fuerza crucial en la defensa de los derechos laborales. A medida que el mundo del trabajo sigue evolucionando, la libertad sindical seguirá siendo un derecho fundamental para garantizar condiciones de trabajo justas y dignas para todos los trabajadores.

El rol de la OIT en relación con la libertad sindical

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha desempeñado un papel fundamental en la promoción y protección de la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva a nivel mundial. Desde su fundación en 1919, la OIT ha trabajado incansablemente para establecer estándares laborales internacionales que garanticen que los trabajadores puedan formar y unirse a sindicatos sin temor a represalias.

Uno de los principales medios a través de los cuales la OIT promueve la libertad sindical son sus convenios internacionales. Dos de estos convenios son particularmente relevantes:

El Convenio Nº 87: Libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización Adoptado en 1948, el Convenio Nº 87 establece los derechos de los trabajadores y empleadores a organizarse libremente en sindicatos o asociaciones. Este convenio protege el derecho de los sindicatos a redactar sus propios estatutos y reglamentos, elegir libremente a sus representantes y organizar sus actividades sin interferencia de las autoridades públicas.

El Convenio Nº 98: Derecho de sindicación y de negociación colectiva. Adoptado en 1949, el Convenio Nº 98 complementa el Convenio Nº 87 al proteger a los trabajadores contra actos de discriminación antisindical y promover la negociación colectiva. Este Convenio garantiza que los trabajadores no sean despedidos o perjudicados por su afiliación sindical y promueve la negociación colectiva como un medio para establecer condiciones de trabajo justas.

La OIT no solo ha adoptado Convenios, sino que también ha supervisado su aplicación en los países miembros. Este proceso de supervisión es esencial para garantizar que los derechos de los trabajadores sean respetados en la práctica.

Para ello ha empleado diversos mecanismos, entre los cuales cabe destacar el

Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos.

El Comité de Libertad Sindical fue creado en 1951 para examinar las denuncias de violaciones a la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva. Este Comité está compuesto por representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores, y tiene la tarea de investigar las quejas y hacer recomendaciones para resolver las violaciones.

A su vez, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha sido responsable de evaluar la implementación de los convenios de la OIT por parte de los países miembros. Esta Comisión revisa los informes presentados por los gobiernos y las observaciones de las organizaciones de empleadores y trabajadores, y emite comentarios sobre el cumplimiento de los convenios.

La OIT también ha desempeñado un papel activo en la promoción de la libertad sindical a través de programas de asistencia técnica, actividades de formación y campañas de sensibilización. Estos esfuerzos están dirigidos a fortalecer las capacidades de los sindicatos, mejorar las relaciones laborales y fomentar su desarrollo.

A pesar de los esfuerzos de la OIT, la libertad sindical enfrenta numerosos desafíos en diversas partes del mundo. En algunos países, los trabajadores siguen enfrentando represalias por su actividad sindical, y los sindicatos a menudo encuentran obstáculos para operar libremente. Sin embargo, también ha habido avances significativos, con la adopción de nuevas legislaciones y la mejora de las condiciones laborales en varios países.

Entre los desafíos persistentes se encuentran la discriminación antisindical, la interferencia gubernamental en los asuntos sindicales y las restricciones legales que limitan el derecho de sindicación. La OIT continúa trabajando para abordar estos problemas a través de su supervisión y asistencia técnica.

A lo largo de los años, la OIT ha logrado avances importantes en la promoción de la libertad sindical. Muchos países han adoptado legislaciones que protegen los derechos sindicales y han mejorado las condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva. Estos avances son un testimonio del impacto positivo de la OIT en la vida de los trabajadores.

La **libertad sindical** es un derecho fundamental que garantiza a los trabajadores y empleadores la posibilidad de organizarse y representar sus intereses sin interferencias indebidas. Este derecho, consagrado en instrumentos internacionales

como en los anteriormente citados **Convenios N° 87 y N° 98 de la OIT**, es esencial para el fortalecimiento de la democracia, la promoción de condiciones laborales justas y el desarrollo económico sostenible.

Los sindicatos desempeñan un papel clave en la defensa de los derechos de los trabajadores, permitiendo la negociación colectiva, el mejoramiento de remuneraciones y condiciones de trabajo, así como la reducción de desigualdades en el ámbito laboral. Además, la libertad sindical contribuye a la estabilidad social al fomentar el diálogo entre empleadores, trabajadores y el Estado, previniendo conflictos laborales y promoviendo relaciones equitativas.

A pesar de su importancia, la libertad sindical enfrenta desafíos en muchos países, incluidos obstáculos legales, represalias contra sindicalistas y restricciones al derecho de huelga. Por ello, su respeto y promoción resultan esenciales para garantizar sociedades más justas, inclusivas y con mejores estándares de vida para los trabajadores.

Principales aspectos de la libertad sindical

1. **Derecho a formar sindicatos**
   - Los trabajadores y empleadores pueden constituir organizaciones sindicales sin necesidad de autorización previa.
   - Pueden redactar sus estatutos y normas internas sin intervención externa.
2. **Derecho a afiliarse o no afiliarse a un sindicato**
   - Nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato ni ser discriminado por su decisión de unirse o no.
3. **Autonomía sindical**
   - Los sindicatos tienen el derecho de organizar su administración, elegir a sus representantes y llevar a cabo sus actividades sin interferencias.
4. **Derecho a la negociación colectiva**
   - Los sindicatos pueden representar a sus miembros en negociaciones con los empleadores para mejorar condiciones laborales.
5. **Protección contra la discriminación antisindical**

- Se prohíben prácticas como despidos o represalias por participar en actividades sindicales.

6. **Derecho a la huelga**
   - En muchos países, la huelga es reconocida como una expresión legítima de la libertad sindical.

La Libertad Sindical y Chile

En nuestro país se ha transitado por varias etapas en esta materia; pero, a grandes rasgos, se puede afirmar que hasta el año 1979 primaba el Sistema Preventivo y luego de esa fecha entró a tener plena aplicación el Sistema de Registro, acorde con las modernas tendencias mundiales en la materia.

La Constitución Política de 1980 en su artículo 19, Nº 19, acepta el Sistema de Registro, ya que prescribe que "las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley".

A su vez, el actual Código del Trabajo, al tratar de la constitución de los sindicatos (Libro III, Título I, Capítulo II), en su artículo 222, inciso 2º, reitera esta idea al señalar que "el registro se entenderá practicado y el sindicato adquirirá personalidad jurídica desde el momento del depósito a que se refiere el inciso anterior" (el que efectúa el Directorio en relación con el acta constitutiva en la Inspección del Trabajo).

Otra materia de relevancia que regulan los citados Convenios hace relación con la afiliación, desafiliación y no afiliación de los trabajadores a un sindicato, señalando que dichos aspectos también deben entenderse que operan en un marco de irrestricta libertad.

Nuestra legislación ha tenido también a este respecto una gran y no siempre justificable diversidad de tratamientos, que iban desde la libertad irrestricta hasta la afiliación obligatoria.

En 1979, con la dictación del D.L. Nº 2.756, esta situación cambió radicalmente, uniformándose la libertad tanto para afiliarse como para no hacerlo y para desafiliarse en concordancia con lo dispuesto en la Carta Fundamental.

En efecto, cabe tener presente que el Nº 19 del artículo 19 de la Constitución Política de 1980 expresa que "la afiliación sindical será siempre voluntaria". A su vez, el inciso 4º del Nº 16 del mismo artículo preceptúa que "ninguna ley o disposición de

autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos".

Sus disposiciones se mantienen recogidas hoy en día en el Código y muy principalmente en su artículo 214, incisos 2º y 3º, los que prescriben que "la afiliación a un sindicato es voluntaria, personal e indelegable, Nadie puede ser obligado a afiliarse a una organización sindical para desempeñar un empleo o desarrollar una actividad. Tampoco podrá impedirse su desafiliación."

Asimismo, el Código expresa en su artículo 215 que "No se podrá condicionar el empleo de un trabajador a la afiliación o desafiliación a una organización sindical. Del mismo modo, se prohíbe impedir o dificultar su afiliación, despedirlo o perjudicarlo en cualquier forma por causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales".

Por otra parte, existen dos materias interrelacionadas que tienen íntima conexión con la libertad sindical: ellas son la unidad y el paralelismo sindical. La unidad refleja la opción de constituir un sindicato único por sector o empresa, y el paralelismo, justamente la posibilidad contraria, esto es, una libertad irrestricta para hacerlo.

Esta última tendencia es la que se ajusta a los Convenios internacionales, pero no siempre ha sido seguida en nuestro país. Nuevamente tuvo trascendencia a este respecto el ya citado D.L. Nº 2.756, que consagró su implantación a nivel legislativo, siendo acogidas sus disposiciones por el artículo 212 del Código. En efecto, éste reconoce que los trabajadores tienen el derecho a "constituir las organizaciones que estimen convenientes", de lo cual se desprende que hoy en día el paralelismo sindical es ampliamente recepcionado en nuestra legislación laboral.

Comportamiento de Chile en relación con la regulación establecida por la Organización Internacional del Trabajo

La OIT ha adoptado una serie de Convenios en relación con el tema sindical, debiendo mencionarse al efecto los N° 87, 98, 135 y 154, como asimismo la Recomendación N° 163; Chile los ha suscrito todos a excepción de los dos últimos mencionados.

Ello ha significado que la legislación nacional se ha adaptado paulatinamente a los parámetros establecidos en dichos instrumentos, por lo que ha de concluirse que el

país tiene una legislación que se enmarca globalmente en los principios sobre Libertad Sindical que ha proclamado la OIT.

No obstante, ello no ha significado que el país no haya presentados dificultades sobre el particular, ya que en diversas oportunidades ha sido arrastrado a los organismos de la OIT que atienden a la presentación de reclamos por infracciones a los citados instrumentos internacionales.

Durante las décadas de los 70´y los 80´ del siglo pasado - época del gobierno militar - tuvieron lugar numerosas denuncias sindicales en el seno de la OIT, lo que tuvo en descenso en la década de los 90, pero volvió a acentuarse a inicios del presente siglo, justificando con ello constantes llamado de atención de los órganos de control de la libertad sindical de la OT, en especial de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones.[517]

Casos pendientes en la OIT

Los casos pendientes de Chile en la OIT por infracciones a la libertad sindical varían en naturaleza, pero generalmente han involucrado las siguientes categorías:

Interferencia en actividades sindicales: Casos donde las autoridades o empleadores interfieren en la formación, administración o funcionamiento de sindicatos: Este tipo de infracción incluye casos donde empleadores o autoridades públicas intentan controlar o influenciar las actividades y decisiones de los sindicatos. Por ejemplo, la imposición de restricciones en la elección de representantes sindicales.

Despidos antisindicales: Denuncias de trabajadores que han sido despedidos o intimidados debido a su afiliación sindical o actividades relacionadas: Los despidos antisindicales constituyen una violación grave de la libertad sindical. Estos casos suelen involucrar trabajadores que han sido despedidos por participar en actividades sindicales o por intentar organizar un sindicato en su lugar de trabajo. La OIT ha recibido varias denuncias de este tipo en Chile, y muchos de estos casos están actualmente bajo investigación.

Negativa a negociar colectivamente: Situaciones en las que empleadores se niegan a negociar colectivamente con sindicatos legítimos: La negociación colectiva es un pilar fundamental de la libertad sindical. Sin embargo, en Chile, se han presentado varios casos donde empleadores se niegan a negociar colectivamente con

[517] La sanción de las prácticas antisindicales en Chile. Cesar Toledo Accorsi en Revista de Derecho Laboral FCE Uruguay Tomo LV N° v246.

sindicatos, a pesar de que estos representan legítimamente a los trabajadores. Tal negativa no solo infringe la legislación nacional e internacional, sino que también socava el diálogo social y la justicia laboral.

Violencia e intimidación: Incidentes de violencia física, amenazas o intimidación dirigidos a miembros sindicales o líderes: Los actos de violencia y las amenazas contra miembros sindicales y líderes son una forma extrema de violación de la libertad sindical. En Chile, se han reportado casos de intimidación y violencia física dirigidos a sindicalistas, lo cual crea un ambiente de miedo y reprime la actividad sindical libre y justa

Puede colegirse de lo anteriormente expuesto que los casos pendientes de Chile en la OIT por infracciones a la libertad sindical reflejan desafíos significativos en la implementación y protección de los derechos laborales en el país. Es crucial que las autoridades chilenas y los empleadores trabajen en conjunto para resolver estos casos y asegurar que los trabajadores puedan ejercer su derecho a la libertad sindical sin temor a represalias. La OIT continúa monitoreando la situación y proporcionando asistencia técnica para mejorar el cumplimiento de las normas internacionales en Chile.

En la actualidad, se han identificado varias quejas relacionadas con la libertad sindical en Chile que podrían ser examinadas próximamente por la Organización Internacional del Trabajo (OIT):

1. **Federación Nacional de Profesionales Universitarios de los Servicios de Salud (Fenpruss)**: En enero de 2025, la Fenpruss anunció que está considerando presentar una queja ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT debido a prácticas antisindicales.
2. **Trabajadores de Agrosuper**: Los dirigentes sindicales de la Empresa Faenadora Lo Miranda, parte del holding Agrosuper, manifestaron su intención de recurrir a la OIT por la reducción de beneficios que motivó una movilización, y planean denunciar la vulneración de los Convenios N° 87 y N° 98, relacionados con la libertad sindical y la negociación colectiva.

Estas iniciativas reflejan preocupaciones actuales sobre la situación de la libertad sindical en Chile y podrían ser objeto de análisis por parte de la OIT en el futuro cercano.

La sindicalización y su evolución en Chile

La sindicalización en Chile ha sido un tema de gran relevancia en el ámbito laboral y social. Desde principios del siglo XX, el movimiento sindical en Chile ha jugado un papel fundamental en la defensa de los derechos de los trabajadores y en la lucha por mejorar las condiciones laborales.

La tasa de sindicalización en Chile ha experimentado importantes fluctuaciones entre 1920 y el año 2000, influenciada por cambios políticos, económicos y sociales.

En la década de 1920, la sindicalización en Chile comenzó a ganar fuerza, especialmente con la creación de la Confederación de Trabajadores de Chile (CTCH) en 1921. Este período estuvo marcado por la consolidación de sindicatos en sectores clave como la minería, el transporte y la industria manufacturera. La tasa de sindicalización durante estos años fue creciente, aunque todavía era baja en comparación con otros países de la región.

En la década de 1930, la sindicalización recibió un impulso significativo. El gobierno implementó políticas que favorecieron la organización sindical y la negociación colectiva, lo que llevó a un aumento considerable en la tasa de sindicalización. A ello hay que agregar que las disposiciones del Código del Trabajo favorecieron este impulso, dada la afiliación obligatoria a n nivel de industria, con un sindicato único.

Así a finales de la década de 1940, la tasa de sindicalización había alcanzado niveles de alrededor del 20%.

Durante las décadas de 1950 y 1960, la tasa de sindicalización continuó aumentando, siendo de notar la de una legislación que dió paso a la sindicación en el área agrícola en la década de los 60’.

Esta tendencia alcanzó su punto más alto en la década de 1970. La implementación de políticas de un gobierno de carácter socialista favoreció aún más la organización sindical. En este período, la tasa de sindicalización superó el 30%, siendo uno de los momentos más altos en la historia sindical de Chile.

Sin embargo, a raíz de la implementación del Plan Laboral durante el Gobierno Militar a mediados de esta última década y una nueva legislación en el orden sindical, tuvo un fuerte impacto en el movimiento sindical. Muchas organizaciones sindicales fueron disueltas y las actividades sindicales severamente restringidas. La tasa de sindicalización cayó drásticamente durante este período, llegando a niveles mínimos en la década de 1980.

Con el retorno a la democracia en 1990, el movimiento sindical comenzó a recuperar fuerza. Las nuevas políticas laborales y la apertura económica permitieron una mayor libertad para la organización sindical y la negociación colectiva. Sin embargo, la tasa de sindicalización en Chile no logró recuperar los niveles anteriores, manteniéndose alrededor del 15% a finales de la década de 1990.

La década de los 90' marcó el inicio de la transición democrática en Chile. Durante estos años, los índices de sindicalización mostraron una tendencia al alza, favorecidos por un ambiente de mayor apertura y libertad. Varios sectores laborales comenzaron a reorganizarse y fortalecer sus sindicatos, buscando mejorar las condiciones laborales y salariales.

A lo largo de los últimos 25 años, los índices de sindicalización han experimentado diversos cambios, influenciados por factores políticos, económicos y sociales.

Así, a principios de los 2000, los índices de sindicalización comenzaron a estabilizarse, aunque con algunas fluctuaciones. En efecto, la globalización y la apertura económica trajeron consigo nuevas dinámicas laborales que, en algunos casos, dificultaron la sindicalización. Sin embargo, sectores como la minería y el comercio lograron mantener una presencia sindical significativa.

Así es como a inicios del actual milenio, los sindicatos enfrentaron nuevos retos y oportunidades. La tecnología y la modernización de la economía chilena condujeron a una diversificación del mercado laboral y pese a los desafíos, se observó un crecimiento moderado en los índices de sindicalización, con un aumento en la afiliación en sectores emergentes.

La segunda década del nuevo siglo estuvo marcada por movimientos sociales y reclamos por derechos laborales más justos. Durante estos años, los índices de sindicalización experimentaron un repunte, en parte debido a la creciente conciencia social sobre la importancia de los derechos laborales y la organización sindical. Las reformas laborales también jugaron un papel crucial en este aumento.

Además, las reformas sociales y la nueva Constitución de Chile han proporcionado un marco favorable para la actividad sindical.

En los últimos años, los índices de sindicalización en Chile han seguido una trayectoria ascendente. La pandemia de COVID-19 y sus efectos en el mercado laboral también impactaron fuertemente su desarrollo, pese una legislación bastante favorable y facilitadora para la creación de nuevos sindicatos; pero es de hacer notar que muchas

veces, en lugar de experimentar un mayor desarrollo, se favoreció una notable fragmentación de los sindicatos.

La evolución de los índices de sindicalización en Chile durante los últimos 30 años muestra una tendencia dinámica y resiliente. A pesar de los desafíos impuestos por la globalización y las crisis económicas, los sindicatos han logrado adaptarse y mantener su relevancia en el ámbito laboral chileno. La fortaleza y la adaptabilidad de los sindicatos seguirán siendo cruciales para enfrentar los futuros desafíos laborales y sociales en el país.

La actualidad

En Chile, la ley exige que las organizaciones sindicales se registren en la Dirección del Trabajo al momento de constituirse y cuando cambian o renuevan sus directivas. Así, esta entidad fiscalizadora lleva un detallado seguimiento de los sindicatos activos., constituyéndose en un obligado referente al momento de indagar antecedentes los más fidedignos posible en materia de sindicalización

La Direccion confecciona cada cierto número de años un anuario estadístico muy completo, con indicadores objetivos y subjetivos, denominado ENCLA, que en verdad tiene el carácter de un verdadero catastro y estudio de la situación laboral en Chile a la fecha en que se realiza y ofrece una panorámica amplia del estado de las relaciones laborales entre trabajadores y empleadores mediadas por sindicatos, considerando su tamaño, recursos y repertorios de acción.

El más reciente de estos Anuarios corresponde al del año 2023 del que hemos extraído las informaciones más relevantes relacionadas con la estructura del sindicalismo,

En general, las organizaciones sindicales en Chile se constituyen y tienen su principal rango de acción a nivel de empresas individuales. La Encla 2023 revela que sólo un 3,9% de las empresas cuenta con al menos una organización sindical activa, mientras que un 96,1% no tiene sindicatos. Más concretamente, se puede estimar que de un total de 129.231 empresas, en 5.025 hay sindicatos, mientras que en 124.206 no existe este tipo de organizaciones.

A primera vista, los porcentajes reflejan una evidente desproporción, pero es importante tener presente que, por diversas razones legales y prácticas, en muchas empresas del sector privado no es posible constituir estas organizaciones.

En efecto, el art. 227 del Código del Trabajo establece como condición de constitución de sindicatos en empresas con un mínimo de 25 trabajadores que representen a lo menos el diez por ciento del total del personal cuando la empresa tenga más de 50 trabajadores; en caso de que no existan sindicatos vigentes, bastará con 8 trabajadores que deben llegar a ser 25 en el plazo de un año.

Para las empresas de menos de 50 trabajadores, cuando no existe sindicato, se requiere un mínimo de 8 trabajadores que en el plazo de un año deben alcanzar al cincuenta por ciento del personal.

En el caso de que ya exista sindicato, este debe estar formado por al menos el cincuenta por ciento del personal de la empresa; finalmente, para los sindicatos interempresa sólo se requieren 25 trabajadores.

Con lo anterior, quedan automáticamente excluidas las microempresas, lo que es corroborado por los datos de la Encla, que indican que la organización sindical en esa clase de empresas es prácticamente inexistente.

Además, la sindicalización en la pequeña y hasta en la mediana empresa se ve dificultada. Esto se ratifica con los indicadores de la tabla que se inserta a continuación, en la que se aprecia que la sindicalización abarca a un 52,1% de las grandes empresas, un 15,7% de las medianas empresas y sólo un 1,3% de las microempresas y pequeñas empresas. Esta tendencia confirma que, a medida que las empresas crecen en términos de número de personas trabajadoras y complejidad operativa, es más probable que existan estructuras sindicales organizadas.

Distribución porcentual de empresas por existencia de sindicato según tamaño de la empresa.

Tamaño	Existe sindicato		No existe sindicato		Total	
	Porcentaje	Cantidad	Porcentaje	Cantidad	Porcentaje	Cantidad
Micro y pequeña	1,3%	1.531	98,7%	113.238	100%	114.769
Mediana	15,7%	1.750	84,3%	9.363	100%	11.113
Grande	52,1%	1.744	47,9%	1.605	100%	3.349

Total	3,9%	5.025	96,1%	124.206	100%	129.231

Fuente: Encla 2023.

Al momento en que fue aplicada la encuesta durante el año 2023, existían 977.649 afiliados y afiliadas a organizaciones sindicales. Como se observa en la tabla que se inserta continuación, esto corresponde a una tasa de afiliación de un 19,9% de las y los trabajadores de las empresas de 5 o más trabajadores.

Considerando el margen de error de la Encla y las fechas levemente diferentes de medición, esto es coherente con los datos oficiales de la Dirección del Trabajo, que estimaron la tasa de afiliación en un 19,3% a fines de diciembre del año 2022, mientras que la cantidad de personas trabajadoras afiliadas en el mismo período fue de 1.094.877 (Dirección del Trabajo, 2023).

Distribución porcentual de trabajadores según afiliación sindical

Afiliación	Distribución porcentual	Cantidad
Afiliados/as	19,9%	977.649
No afiliados/as	80,1%	3.946.078
Total	100%	4.923.727

Fuente: Encla 2023.

Con lo anterior, quedan automáticamente excluidas las microempresas, lo que es corroborado por los datos de la Encla, que indican que la organización sindical en la microempresa, como ya se hizo notar, es prácticamente inexistente.

Además, la sindicalización en la pequeña y hasta en la mediana empresa se ve dificultada. Esto se ratifica con los indicadores de la primera tabla inserta, en la que se aprecia que la sindicalización abarca a un 52,1% de las grandes empresas, un 15,7% de las medianas empresas y sólo un 1,3% de las microempresas y pequeñas empresas. Esta tendencia confirma que, a medida que las empresas crecen en términos de número de personas trabajadoras y complejidad operativa, es más probable que existan estructuras sindicales organizadas.

Consideraciones finales

La tasa de sindicalización en Chile ha experimentado fluctuaciones; así por ej., el año 2020 la tasa alcanzó un máximo de 22,2% descendiendo a 20,1% en 2021, 19, 3% en 2022 y situándose el año 2023 en un 19,9%

Los resultados de la Encla sugieren una falta de interés en la organización sindical por parte de las y los trabajadores en una proporción relevante de empresas y, al mismo tiempo, la persistencia de prácticas antisindicales o, cuando menos, un ambiente hostil a los sindicatos en una proporción similar

De hecho, muchos empleadores de las grandes empresas aseguran valorar el sindicalismo como un agente que contribuye a mejorar el clima laboral al proporcionar un canal formal para el diálogo y la negociación, aun cuando persiste un significativo grado de desconfianza de las y los dirigentes sindicales respecto de los directivos de sus empresas, lo cual puede entorpecer la construcción de un diálogo social entre las partes.

Un aspecto especialmente llamativo es que, de acuerdo con las respuestas de las y los empleadores encuestados, la percepción más negativa sobre los sindicatos proviene de empresas en las que no hay presencia sindical. Este fenómeno augura una compleja constitución de sindicatos en dichas empresas, ya que la falta de experiencia previa y las percepciones negativas pueden disuadir al personal de intentar organizarse sindicalmente. Aunque relevantes, estas evidencias sólo contribuyen a explicar una parte del fenómeno, por lo que son necesarias mayores investigaciones sobre este tema.

En conjunto, los elementos relativos a la presencia y características de las organizaciones sindicales en Chile plantean un margen importante para su crecimiento, especialmente en las grandes empresas, a la vez que revelan dificultades que, por su persistencia, bien podrían constituir brechas estructurales que escapan a la voluntad de los propios trabajadores y trabajadoras.

La combinación de baja afiliación, percepción de que los sindicatos no son útiles, prácticas antisindicales, paralelismo sindical y desconfianza entre sindicatos y empresas deriva en la necesidad de nuevas estrategias de expansión, que bien podrían incluir cambios legales, en la medida en que la sindicalización está íntimamente relacionada con la capacidad de negociar colectivamente y, por medio de ella, de generar mejores ambientes laborales entre trabajadores y empleadores que redunden en mejores condiciones de trabajo y en una mayor productividad.

A nivel internacional, Chile, aunque tiene una tasa relativamente baja continúa estando por encima del promedio que acusan las estadísticas de la OCDE, que la sitúan en el orden del 16%.

En síntesis, a pesar de que la libertad sindical se encuentra formalmente reconocida en Chile, ciertas restricciones como las ya descritas y la ausencia de un diálogo social efectivo han limitado el ejercicio pleno de la Libertad Sindical y han afectado la capacidad de los sindicatos para representar y defender los derechos de los trabajadores de una manera más efectiva.

Índice

Prologo

Nota prévia

Programa do Congresso

I. Tendências das Reformas Laborais e da Segurança Social/ Tendencias en las Reformas Laborales y de Seguridad Social

Elizabeth Sánchez Rodríguez

Sostenibilidad de la seguridad social en el siglo XXI

Mário Silveiro de Barros

A proteção da eventualidade da dependência e o impacto da recente jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre a proteção social dos trabalhadores de serviço doméstico

Félix Contreras

Retos y oportunidades del seguro de cesantía en el contexto actual del mercado laboral

Santiago Tovar/Valentina Gonzalez

Reforma al sistema pensional ¿Retroceso de la seguridad social colombiana?

II. Oportunidades e Desafios da IA no Mundo do Trabalho/ Oportunidades y Desafíos de la IA en el Mundo Laboral

Antonio Ojeda-Avilés

Deconstrucción digital y Derecho del Trabajo sin adjetivos

Fabiola Bogado Ibarra

Inteligencia artificial y Derecho del Trabajo. Poder de dirección del empleador – sus limites

Arnaldo Boson Paes

Inteligência artificial, trabalho humano e direito do trabalho: os desafios e os sentidos da regulação

Ana Catarina Carvalho

Inteligência artificial e o trabalho prestado por humanos: que futuro?

Ana García García

Impactos de la gestión laboral algorítmica en la libertad sindical

Catarina Gomes Santos

A seleção dos trabalhadores a despedir no âmbito do despedimento coletivo: a discriminação algorítmica

III. Correntes Migratórias: Aspetos Socioeconómicos e Políticos/ Corrientes Migratorias: Aspectos Socioeconómicos y Políticos

Emilio Carrasco

Movilidad internacional en la región de las Américas

Martha Monsalve Cuellar

Migraciones: análisis socio económico y político

IV. A Convenção 190 da OIT, Riscos Psicossociais e Saúde Mental/ Convenio 190 de la OIT, Riesgos Psicosociales y Salud Mental

Panagiota Petroglou

The ILO 190 Convention in the context of the international and EU acquis, following the EU's accession to the Istanbul Convention and the VAW Directive: in quest for the higher human rights standards

Lavinia-Mihaela Vlădilă

Los costos y las consecuencias de la violencia contra la mujer en los entornos social, médico, legal y laboral. La experiencia de Rumanía y España

Hector Humeres

El Convenio n.º 190 de la OIT y la no discriminación en Chile – La Ley 21.643 (Ley Karin)

Nancy Elizabeth Santamaria Mimila

Normativas y acciones para la erradicación de la violencia y el acoso laboral: un compromiso empresarial por un trabajo digno

Joselita Nepomuceno Borba

O adoecimento mental na sociedade de informação e os impactos nas relações de trabalho no Brasil

Constanța Mătușescu

El papel y las implicaciones de los nuevos instrumentos legales internacionales y europeos para reconocer y abordar el impacto de la violencia doméstica en el mundo del trabajo

Carlos Reynoso Catillo

Tendencias del derecho a la desconexión en América Latina

V. Direito à greve: um direito fundamental no contexto internacional?/ Derecho de huelga: ¿Un derecho fundamental en el contexto internacional?

Hector Natividad

La Huelga – La inclusión del Derecho de Huelga en el Convenio 87 de la OIT. ¿Es un Derecho Fundamental? ¿No es parte de la Autonomía de los Estados su reglamentación y regulación?

Saida Quintero Martinez

El derecho de huelga y sus límites: derechos de los no huelguistas

VI. Dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade/ Deber de diligencia de las empresas en materia de sostenibilidad

Santiago Catalá

Objeciones de conciencia en el ámbito laboral y empresas de tendencia

Sarai Rodríguez González

La representación de los intereses de las personas trabajadoras ante los desafíos del cambio climático

Septimiu Panainte

"(Whistle)blowing"... a wind of change: a new strategic opportunity for strengthening workers protection and sustainability

VII. Liberdade Sindical/ Libertad Sindical

Leobardo López Morales/Elizabeth Sánchez Rodríguez

El Comité de Liberdad Sindical como órgano de control de la OIT en México

Joana Neto

Liberdade sindical em Portugal: quadro regulatório, a agenda do trabalho digno e os desafios atuais

Hector Humeres

La libertad sindical en Chile