

ISSN 2697-3170

RJT

REVISTA JURÍDICA DEL TRABAJO

DIRECTOR

JORGE ROSENBAUM

COORDINADOR

FEDERICO ROSENBAUM

Vol. 4

No. 11

Mayo-Agosto
2023

Octubre de 2023.

Copyright © Equipo editorial RJT

Rincón 477/803, C.P. 11.000

Montevideo, Uruguay.

Teléfono: (+598) 29161523

contacto@revistajuridicadeltrabajo.com / www.revistajuridicadeltrabajo.com

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

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



RESPONSABLES EDITORIALES

EQUIPO EDITORIAL

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

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

COMITÉ CIENTÍFICO

César Arese (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Héctor García (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Nelson Mannrich (Universidade de São Paulo, Brasil)

Rodrigo Palomo (Universidad de Talca, Chile)

Francisco Tapia (Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile)

José Herrera (Universidad del Rosario, Colombia)

Ignasi Beltrán (Universitat Oberta de Catalunya, España)

José Antonio Fernández Avilés (Universidad de Granada, España)

Carlos Palomeque (Universidad de Salamanca, España)

Eduardo Rojo (Universidad Autónoma de Barcelona, España)

Wilfredo Sanguineti (Universidad de Salamanca, España)

Stefano Bellomo (Sapienza Università di Roma, Italia)

Patricia Kurkzyn (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Alfredo Villavicencio (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)

Alejandro Castello (Universidad de la República, Uruguay)

César Augusto Carballo (Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela)

Oscar Hernández (Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado, Venezuela)

COMITÉ DE EVALUACIÓN

Miguel Ángel Maza (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Ricardo Seco (Universidad Blas Pascal, Argentina)

Carlos Ernesto Molina (Pontificia Universidad Javeriana, Colombia)

José Antonio Baz (Universidad de Salamanca, España)

Rosa Morato (Universidad de Salamanca, España)

Héctor Jaime (Universidad Católica del Táchira, Venezuela)

MIEMBROS CORRESPONDIENTES DE EDICIÓN

Fábio Tulio Barroso (Universidade Católica de Pernambuco, Brasil)

Nicolás Márquez (Universidad Católica del Norte, Chile)

Francisco Ruay (Universidad de Chile, Chile)

Luis Triguero (Universidad de Granada, España)

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

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

Iván Mirabal (Universidad Fermín Toro, Venezuela)

ÍNDICE

EDITORIAL:iii

**ACTO RECORDATORIO DE LA FIGURA DEL PROFESOR AMÉRICO PLÁ
RODRÍGUEZ:**iv

Elmer Arce; Renato Arriola: Reflexiones sobre la identificación del empleador en el grupo de empresas. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema peruana1

Guillermo Boza: El derecho a la negociación colectiva y los convenios colectivos de trabajo en el sistema interamericano de derechos humanos. A propósito de la Opinión Consultiva OC-27/21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos29

Mariela Inés Laghezza: Los derechos fundamentales del trabajo y la ciudadanía laboral de los trabajadores migrantes. En búsqueda de la igualdad y el respeto a la libertad sindical66

Manuel Ramón Herrera Carbuccia: Nuevo constitucionalismo latinoamericano90

Nelson Mannrich; Alessandra Barichello Boskovic: Enmienda constitucional N° 115/2022 y la protección de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales124

Flor Tavera; Nancy Ortiz: Participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, un derecho laboral en México150

DEBATE:

Federico Rosenbaum Carli: Conflictos de derechos en la relación de trabajo
.....174

Óscar Hernández Álvarez; Jorge Rosenbaum Rimolo: Conflictos y límites
entre derechos fundamentales vinculados con el trabajo177

EDITORIAL

El día 2 de agosto de este año 2023, con motivo de conmemorarse quince años de la desaparición física del Profesor Américo Pla Rodríguez, la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social organizó un emotivo acto recordatorio, el que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

En el mismo, hicieron uso de la palabra el Sr. Decano, Dr. Gonzalo Lorenzo, el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, Dr. Pablo Mieres y el Presidente de la entidad organizadora, Dr. Gustavo Gauthier, ante la presencia de familiares, antiguos integrantes del Grupo de los Miércoles, docentes, colegas y amigos del extinto Maestro, quien fuera recordado por todos con mucho afecto.

La actividad sirvió de marco para descubrir un retrato del querido Profesor, obra de la artista plástica uruguaya, Martha Escounder. La pintura -cuya fotografía se reproduce en este número de la RJT- fue donada por la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, incorporándose así a la galería de otros distinguidos Decanos cuyos cuadros engalanan la Sala del Consejo de la Facultad.

En la oportunidad, la Profesora, Dra. Cristina Mangarelli, fue la encargada de pronunciar una emotiva semblanza del Profesor Américo Plá Rodríguez, que por la importancia que reviste para nuestros lectores, se reproduce a continuación de este Editorial.

Jorge Rosenbaum Rimolo
Director

ACTO RECORDATORIO DE LA FIGURA DEL PROFESOR AMÉRICO PLÁ RODRÍGUEZ



Palabras vertidas el miércoles 2 de agosto de 2023 en oportunidad de la recepción en la Sala del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República del cuadro con el retrato de Américo Plá Rodríguez, donado por la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social a dicha Facultad.

Me han solicitado que realizara una semblanza de Américo Plá Rodríguez.

Antes de ello comenzaré con los agradecimientos. A la AUDTSS, a su Presidente Gustavo Gauthier, a su Comisión Directiva, y en especial a Sandra Goldflus y a Ana Rivas que fueron las encargadas de contactar a la artista que realizó el retrato.

Felicito a la artista por su obra.

Si estamos aquí hoy es por el trabajo de un equipo. Las ideas pueden ser muy buenas, pero se requiere llevarlas a la práctica.

Recordemos que la AUDTSS es una asociación que tiene por objeto el estudio científico del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, que se creó a impulso de Plá Rodríguez, y que ya tenía vínculos con esta Facultad en el marco de un convenio a través del cual se procedió a donar una computadora y las sillas de la sala en donde se encuentra la Biblioteca de Américo Plá Rodríguez. También colaboró esta Asociación en años más recientes con la refacción y pintura de dicha sala.

Reitero entonces el agradecimiento a la AUDTSS por la donación de este cuadro para ser colocado en esta Sala del Consejo, en donde se encuentran los cuadros con retratos de Decanos y de juristas constructores del Derecho en nuestro país.

Una semblanza de Américo Plá Rodríguez puede abarcar distintas facetas de su figura, ya que se destacó como abogado, jurista, político, profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Decano, Profesor Emérito, Académico, Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, autor de una obra jurídica extensa, profunda y de gran calidad, entre otros.

Su condición de Maestro no sólo era reconocida a nivel nacional sino también internacional, incluso por profesores extranjeros que le llamaban Maestro.

Voy a elegir dos aspectos de su figura que tienen que ver con esta Facultad de Derecho: la labor de Américo Plá Rodríguez en la construcción científica del Derecho del Trabajo nacional e internacional, y su trabajo como formador de jóvenes juristas y docentes de esta Facultad.

a) La labor de Américo Plá Rodríguez en la construcción científica del Derecho del Trabajo nacional e internacional

Américo Plá Rodríguez sostuvo y promovió la juridicidad del Derecho del Trabajo. Así lo señaló en varios de sus trabajos, en especial en el que lleva justamente el título “La juridicidad del derecho del trabajo”, publicado en 1984 en la Revista Derecho Laboral N°136, revista que codirigía. Allí afirmó que el Derecho del Trabajo estaba adquiriendo una importancia cada vez mayor, pero mantenía un cierto descrédito o menosprecio desde el punto de vista científico, siendo considerado por algunos juristas como una disciplina menor, sin calidad jurídica.

Frente esta observación hizo un llamado a los laboristas a trabajar con rigor científico y a construir una teoría general del Derecho del Trabajo, concretamente a completar la construcción científica del Derecho del Trabajo, elaborando conceptos jurídicos que luego fueran sistematizados en conceptos más generales.

Una construcción de un Derecho del Trabajo basado en conceptos jurídicos, alejada del riesgo de la politización, que señaló era uno de los peligros que acechaban a la disciplina.

Y estas ideas de Plá Rodríguez vertidas en ese trabajo publicado en 1984 aparecen respetadas en toda su obra, ya que, pese a su condición de político, cuando analizaba un tema lo hacía desde la rigurosidad científica.

La forma de razonamiento jurídico que encontramos en los trabajos y libros de Plá Rodríguez, también es digna de destaque.

El Maestro utilizaba los conceptos y argumentos jurídicos de manera muy atractiva, y los presentaba de un modo que el lector no podía más que compartirlos. Lo hacía de manera directa, clara y sencilla, sin ampulósidades, ni intrincados argumentos. Tan es así que, el lector desprevenido podía creer que el tema que se analizaba era sencillo, para luego advertir que se trataba de una cuestión jurídica de gran envergadura, explicada de modo simple y claro, utilizando pocas palabras.

En la obra jurídica de Plá Rodríguez hay construcción científica del Derecho del Trabajo.

Plá Rodríguez escribió importantes obras como su tesis “El Salario en el Uruguay” de dos tomos, o el Curso de Derecho Laboral de varios tomos, entre muchos otros libros y trabajos en revistas publicados en el país y en el extranjero. El tomo del Curso relativo al Contrato de Trabajo, es a mi modo de ver una de las mejores obras sobre el tema.

El carácter universal de su obra seguramente lo alcanzó con su libro “Los principios del Derecho del Trabajo”, publicado en 1975, con varias ediciones posteriores.

Este libro ha sido recibido por la doctrina y la jurisprudencia en varios países de América Latina, que aceptados con facilidad las propuestas jurídicas del Maestro, aun cuando los países contaran con códigos de trabajo. Es decir que, sus conceptos pudieron ser admitidos en muchos sistemas, con independencia de las normas de carácter positivo. La vigencia de este libro se mantiene en la actualidad.

Más allá de la discusión de si todos los allí mencionados tienen el rango de principios o si en algún caso se trata de técnicas de interpretación, considero que, lo que hace singular a este libro es el elenco de criterios jurídicos que contiene. Y además porque, a partir de las ideas de protección, irrenunciabilidad, continuidad, primacía de la realidad, buena fe y razonabilidad, acaba por construir -a mi modo de ver- una teoría general del Derecho del Trabajo.

En ese libro están analizados institutos esenciales de esta rama del derecho.

Cuando pienso en los conceptos o criterios fundamentales del Derecho en general, vuelvo al libro de los Principios de Plá Rodríguez, porque allí se pueden encontrar criterios jurídicos de gran ayuda para la resolución de las cuestiones de derecho.

Véase que no tiene inconveniente en proponer como “Principios del Derecho del Trabajo” conceptos o principios que extrae de otras ramas del derecho o que pueden ser considerados principios generales, como la buena fe o el criterio de la razonabilidad, pero lo hace reelaborando estos principios y criterios, y adecuándolos al ámbito del Derecho del Trabajo.

Lo que logra con la primacía de la realidad es magnífico. Parte de una de las ideas de la teoría alemana de la relación de trabajo y construye “el principio” de primacía de la realidad, pero no sólo la primacía frente a lo que dispone el contrato, sino que lo amplía a la primacía respecto de la documentación proveniente del empleador. Esos pasajes de su obra son pura construcción jurídica, con gran proyección y aplicación en otros países. En España se ha destacado a Américo Plá Rodríguez -entre otros aportes- por sus elaboraciones sobre la primacía de la realidad.

Américo Plá Rodríguez con su obra fue uno de los grandes constructores del Derecho del Trabajo en Uruguay.

Pero también colaboró con la construcción científica y el desarrollo del Derecho del Trabajo en general, y sin duda en América Latina en la medida de que los conceptos y posturas jurídicas que elaboró y que aparecen en sus libros fueron recogidos por la doctrina y la jurisprudencia de muchos países, en una época en que el Derecho del Trabajo se estaba consolidando en la región.

En su obra, con rigurosidad científica, sencillez y profundidad hay construcción de conocimiento jurídico. Hay investigación jurídica.

Y esos conceptos fundamentales que Plá Rodríguez analizó y elaboró servirán de base para construir el núcleo duro de institutos y nociones de esta disciplina, frente a los cambios que seguramente experimentará el Derecho del Trabajo en el futuro, por las transformaciones en la organización del trabajo y en la realidad.

La profundidad y brillantez que alcanzaba en su obra escrita y en las conferencias que dictaba en Universidades y congresos en todo el mundo, eran acompañadas en la vida diaria con una personalidad con rasgos que deben ser resaltados:

- la generosidad con sus conocimientos, con su tiempo, y con sus libros, atendiendo las consultas que se le hacían sin hacerle sentir al consultante que le estaba resolviendo un problema,

- la sencillez en el actuar más allá de los reconocimientos que tenía como Catedrático, Decano, Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo, Profesor Emérito,

- la humildad en sus posturas jurídicas, siempre escuchando y respetando la posición contraria reconociendo que puede tener parte de razón.

A todo ello se agregaba un entusiasmo en las actividades que emprendía y que rápidamente lograba transmitir.

Y ponía atención a la parte positiva de los asuntos de la vida, lo que impulsaba la acción, sin desconocer la problemática existencial.

b) El trabajo de Américo Plá Rodríguez como formador de jóvenes juristas y docentes de esta Facultad

El segundo aspecto de su figura al que quiero hacer referencia hoy es su trabajo como formador de jóvenes juristas y docentes de esta Facultad.

Plá Rodríguez fundó en 1975 el Grupo de los Miércoles, grupo de Investigación en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, al que ingresé unos pocos meses después de su creación, y que integramos conjuntamente con muchos de los que están presentes aquí hoy.

Este grupo se reunió semanalmente los días miércoles en forma ininterrumpida por más de treinta años en el domicilio de Plá Rodríguez. Ello pudo así acontecer por la disciplina y la personalidad del Maestro y por el apoyo de su esposa Marta.

El grupo estaba integrado por abogados asesores de empresas y de sindicatos, defensores de oficio, y jóvenes abogados que tenían interés en el

Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y que se habían iniciado en la docencia como aspirantes.

Plá Rodríguez formó a muchos jóvenes docentes a través de este grupo de investigación, como un Maestro. En dicha formación seguramente tuvo presente lo que había recibido de su Maestro Eduardo J. Couture.

En el Grupo de los Miércoles había pluralidad de ideas y fundamentalmente pluralidad de posturas jurídicas. La riqueza de ese grupo consistía justamente en el enfoque del tema a tratar a través de múltiples miradas.

El Maestro no imponía a sus discípulos la obligación de aceptar sus posturas jurídicas, sino que, por el contrario, fomentaba el pensamiento crítico y con ello impulsaba la investigación.

En cuanto a la formación de los jóvenes docentes, promovió la terminación de las aspirantías a profesor Adscripto, incentivándonos en la elaboración y finalización de la tesis para la obtención de dicho título. No sólo propuso a varios de nosotros el tema de la tesis, sino que también hizo un seguimiento para su terminación en tiempo.

El apoyo del Maestro como formador no se redujo a los jóvenes que integraron el Grupo de los Miércoles en los primeros años, sino que continuó con otros jóvenes docentes que fueron ingresando al grupo a lo largo de los años.

La labor de formación también la prolongó cuando volvió a enseñar en esta Facultad.

Cuando dejamos esta vida es importante lo que queda en obras para las generaciones posteriores y para la sociedad en general. Pero también es relevante lo que se deja en enseñanzas de vida en las personas que nos conocieron. Al partir Plá Rodríguez quedaron muchas obras en las diversas actividades que emprendió, que incluyen la gestión como Decano de esta Facultad y la trascendente obra jurídica escrita.

Pero también dejó muchas enseñanzas de vida y de trabajo en las personas con las cuales le tocó en vida intercambiar y trabajar. Sentimiento que estoy segura comparten muchos de los que aquí están presentes hoy.

Celebro entonces la donación de la AUDTSS del cuadro con el retrato del Profesor Emérito Américo Plá Rodríguez para ser ubicado en esta sala del Consejo de la Facultad de Derecho, un Decano que dedicó su vida a esta Casa de Estudios, que incidió con su obra escrita en la construcción científica del Derecho del Trabajo nacional e internacional, y que formó a varias generaciones de laboristas y de docentes de esta Facultad.

Cristina Mangarelli

Ex Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República

**REFLEXIONES SOBRE LA IDENTIFICACIÓN DEL
EMPLEADOR EN EL GRUPO DE EMPRESAS. ANÁLISIS DE LA
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA PERUANA**

**REFLECTIONS ON THE IDENTIFICATION OF THE EMPLOYER
IN THE CORPORATE GROUP. ANALYSIS OF THE
JURISPRUDENCE OF THE PERUVIAN SUPREME COURT**

Elmer ARCE

Doctor en Derecho, Universidad de Cádiz (España). Profesor Principal de Derecho del Trabajo, Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú).

egarce@pucp.edu.pe

Renato ARRIOLA

Egresado de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú). Asistente de docencia del curso Derecho Laboral Especial, Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú).

arriola.renato@pucp.edu.pe

Fecha de envío: 13/08/2023

Fecha de aceptación: 15/09/2023

REFLEXIONES SOBRE LA IDENTIFICACIÓN DEL EMPLEADOR EN EL GRUPO DE EMPRESAS. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA PERUANA

Elmer ARCE

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Renato ARRIOLA

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Resumen: El presente trabajo aporta reflexiones en torno a la identificación del empleador en el grupo de empresas. A tales efectos, se efectúa un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema peruana.

Palabras clave: Grupo de empresas - Empleador - Corte Suprema peruana

Sumario: 1. El problema en la legislación peruana: ¿el grupo puede ser empleador o no? 2. Metodologías jurídicas de regulación del grupo de empresas. 2.1. El grupo de empresas, como ente sin personalidad jurídica, tiene condición de empleador. 2.2. No interesa que el grupo sea empleador, sino que las empresas que lo forman ejerzan poder de dirección. 3. Corte Suprema peruana: búsqueda del fraude en el grupo. 3.1. La reducción del grupo de empresas a una sola empresa. 3.2. La extensión de la responsabilidad solidaria como solución adoptada por la Corte Suprema. 3.3. Pleno Jurisdiccional Laboral de Lima del año 2008. 3.4. La Corte Suprema nunca creó un concepto de grupo empresarial. 4. La relevancia del poder de dirección para determinar responsabilidades dentro del grupo. 4.1. El ejercicio del poder de dirección simultáneo de las empresas del grupo. 4.2. La responsabilidad solidaria de las empresas que ejercen poder de dirección simultáneo. 4.3. Limitaciones en la metodología del empleador conjunto en las empresas de un grupo. 5. La Corte Suprema no ha construido el

concepto de grupo de empresas como empleador. 6. En Perú no se ha realizado el análisis del empleador instrumental o putativo.

Abstract: This paper provides reflections on the identification of the employer in the corporate group. For this purpose, an analysis of the jurisprudence of the Peruvian Supreme Court is carried out.

Keywords: Corporate group - Employer - Peruvian Supreme Court

Summary: 1. The problem in Peruvian legislation: can the group be an employer or not? 2. Legal methodologies for regulating the corporate group. 2.1. The corporate group, as an entity without legal personality, has the status of employer. 2.2. It is not important that the group be an employer, but rather that the companies that form it exercise management power. 3. Peruvian Supreme Court: search for fraud in the group. 3.1. The reduction of the corporate group to a single company. 3.2. The extension of joint liability as a solution adopted by the Supreme Court. 3.3. Lima Jurisdictional Labor Plenary of 2008. 3.4. The Supreme Court never created a concept of a corporate group. 4. The relevance of management power to determine responsibilities within the group. 4.1. The exercise of simultaneous management power of the corporate group. 4.2. The joint liability of companies that exercise simultaneous management power. 4.3. Limitations in the joint employer methodology in corporate group. 5. The Supreme Court has not constructed the concept of a corporate group as an employer. 6. In Peru, the analysis of the instrumental or putative employer has not been carried out.

1. El problema en la legislación peruana: ¿el grupo puede ser empleador o no?

Hay una vieja pregunta que no ha sido contestada aún en la legislación peruana: ¿el grupo de empresas como sujeto desprovisto de personalidad jurídica, cuando ejerce poder de dirección, puede ser empleador o no?

No es un secreto que la LPCL peruana no ha resuelto expresamente este problema jurídico. Es más, nuestra LPCL no regula un concepto normativo de empleador. Quizá la referencia más general la encontramos en la determinación de su ámbito de aplicación, cuando en su artículo 3 señala: “El ámbito de aplicación de la presente Ley comprende a todas las empresas y trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada”.

La frase “a todas las empresas” es muy ambigua, ya que en una primera lectura parece referirse sólo a las empresas con personalidad jurídica (ejemplo típico, la sociedad anónima), pero sería una interpretación absurda porque la ley laboral también se aplica a las personas naturales que dirigen un negocio y ejercen poder de dirección sobre sus trabajadores. En todo caso, la inclusión de ambos supuestos en la frase “a todas las empresas”, parte de la idea de que sólo un sujeto con personalidad (ya natural o ya jurídica) puede ser empleador.

Ahora bien, la frase “a todas las empresas” admite una segunda lectura. Además de los poderes empresariales que cuentan con una personalidad jurídica, se pueden incluir poderes empresariales sin personalidad jurídica. Si tenemos un poder de dirección, como el del grupo de empresas, que ejerce organización, control y sanción sobre trabajadores, también debe ser considerado como una empresa a efectos laborales, muy al margen de que cuente o no con la formalidad de la personalidad jurídica. En esta línea interpretativa, se parte de la idea de que el concepto de poder de dirección se independiza del sujeto que tiene personalidad.

Los efectos prácticos de la primera lectura son prohibitivos del propio grupo empresarial en el derecho laboral. Si todos los empleadores deben tener personalidad jurídica o natural, como para firmar un contrato, es obvio que el

grupo sería negado en este contexto. Al no tener personalidad, el grupo no estaría reconocido por el derecho.

Por eso, nos parece más importante y moderna la segunda lectura. La segunda lectura abre las puertas a un nuevo concepto de empleador, que centra el punto de atención más en la presencia de un poder de dirección que en la forma que asume el empleador.

2. Metodologías jurídicas de regulación del grupo de empresas

No obstante, esta segunda opción interpretativa ha construido dos caminos diferentes desde la vía teórica. Como se podrá apreciar, en ambos caminos, el poder de dirección es el concepto que tiene prioridad. Y ello es entendible, porque desde el Derecho del Trabajo lo que siempre identificó al empleador es el ejercicio efectivo del poder de dirección. Esa fue siempre su seña de identidad.

2.1. El grupo de empresas, como ente sin personalidad jurídica, tiene condición de empleador

Si el grupo de empresas es un ente sin personalidad jurídica que ejerce poder de dirección, la primera respuesta que surge es que el ordenamiento lo reconozca como un sujeto empleador. De hecho, dentro de la estructura grupal las empresas filiales pueden ejercer poder de dirección, por lo que asumirán sin lugar a dudas la condición de empleador, no obstante, el grupo como tal también debe asumir simultáneamente la condición de empleador¹.

Las empresas filiales son empresas con personalidad jurídica que encajan perfectamente en el concepto de empleador con personalidad jurídica. En

¹ La personificación del grupo de empresas ha sido un fenómeno analizado desde hace buen tiempo. Usualmente, se ha alegado la autonomía científica del derecho del trabajo y la aplicación del principio de primacía de la realidad como los dos argumentos que justifican la atribución de personería al grupo de empresas, sólo a efectos exclusivamente laborales (Castello, 2015, p. 190).

cambio, el derecho debe construir una definición de empleador más amplia si quiere admitir figuras *sui generis*, como el grupo de empresas.

Creemos que ante esta realidad corresponde construir jurídicamente un concepto amplio de empleador desde la parquedad de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Consideramos que el camino puede ser o bien desde la lógica del artículo 3 LPCL que se refiere a empresas, por lo que se entendería “empresa laboral”, o bien desde la lógica de aceptar la laguna normativa para recién al recurrir a los principios generales del derecho. Por cualquiera de estas vías, se puede aceptar jurídicamente que la LPCL admite al grupo como empleador.

¿Cuál es el efecto de esta construcción jurídica? Que todas las empresas del grupo acepten una responsabilidad conjunta. Estaríamos frente a lo que se conoce una responsabilidad solidaria entre todas las empresas con personalidad jurídica del grupo. No haría falta recurrir a una ley que impute la responsabilidad solidaria, sino que esta se deduce de la idea de que el grupo en su conjunto es empleador.

Esta primera salida jurídica se ha utilizado con reiterancia en alguna jurisprudencia extranjera. Por ejemplo, el Tribunal Supremo español elaboró un concepto de grupo laboral, luego de entender que el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores admite al grupo, aun sin personalidad jurídica, como un sujeto empleador. Es importante resaltar el análisis técnico en esta postura, en la medida que se replantea dogmáticamente la noción de empleador (Sanguineti, 2013, p. 156).

No obstante, esta postura tiene inconvenientes desde el punto de vista procesal, ya que al ser el trabajador quien alega la existencia del grupo empresarial es él quien tiene la carga de la prueba. La prueba de las interioridades del grupo y de sus poderes es una carga muy pesada sobretodo porque el trabajador no cuenta con información minuciosa de lo que pasa.

2.2. No interesa que el grupo sea empleador, sino que las empresas que lo forman ejerzan poder de dirección

Otra metodología de regulación del grupo empresarial desde lo laboral, es que abandonemos la existencia del grupo como ente sin personalidad jurídica y sólo nos concentremos en las empresas con personalidad jurídica del grupo. Esto es, la empresa matriz y las filiales.

En este caso, no hace falta construir ningún concepto jurídico que cobije al sujeto empleador sin personalidad jurídica, lo único que se necesita es probar que la empresa filial que firmó el contrato con el trabajador no es la única que ejerce poder de dirección. De esta forma, se deduce una responsabilidad compartida entre las empresas que ejercen simultáneamente el poder de dirección. Eso sí, debe quedar muy claro que no se busca al grupo como empleador, sino al ejercicio simultáneo entre dos empresas que integran el grupo empresarial. Y la responsabilidad solidaria vendría anudada al ejercicio compartido del poder de dirección.

Pregunta importante es la de definir ¿qué es “poder de dirección”? Esta pregunta es compleja, ya que el poder de dirección puede tener intensidades diversas cuando se trata de confluencia de dos empresas con personalidad jurídica. En primer lugar, el ejercicio de poder de dirección es organización o supervisión directa sobre el trabajador. Se puede tratar de órdenes, directivas de tipo inmediato. Hay una utilización o aprovechamiento en común de la prestación de trabajo y el ejercicio indiferenciado de los poderes empresariales. En segundo lugar, el ejercicio del poder de dirección puede ser una organización de la mano de obra de forma mediata. Una empresa del grupo puede establecer los parámetros generales de la política salarial de todas las empresas del grupo. O una empresa del grupo puede firmar en el contrato de prestación de servicio de seguridad tendrá un horario fijo en las puertas. En este caso, una de las entidades ejerce una suerte de poder directivo general sobre la gestión de personal, a partir de la cual las demás entidades proceden a adoptar las decisiones correspondientes en relación con el personal encargado de la realización de las actividades programadas.

El primer supuesto ha sido utilizado primero por la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena y finalmente en el 2011 se formalizó en una ley (artículo 3 del Código del Trabajo chileno). No es un supuesto que ayude únicamente a

la regulación de las normas de un grupo, sino que también regula la tercerización y las redes de empresas en general, cuando las dos empresas comparten poder de dirección. El inconveniente es que no regula al grupo como empleador, sino a las empresas que caen en un supuesto específico: cuando ambas comparten el poder de dirección frente al mismo trabajador. A este supuesto, la doctrina ha denominado “empleador plural” (Sanguinetti, 2018, p. 135).

En el segundo supuesto, no hemos observado hasta el momento reconocimiento legal ni jurisprudencial. Es más difícil, ya que el concepto de poder de dirección es más amplio y abstracto. A este supuesto, la doctrina ha denominado “empleador complejo o incompleto” (Sanguinetti, 2018, p. 140). “Esto no supone, de todas formas, que solo califiquen a estos efectos las órdenes e instrucciones directas sobre dichos trabajadores o el ejercicio de prerrogativas de impacto colectivo inmediato sobre ellos, como las referidas a la fijación de los horarios, los turnos de trabajo y las vacaciones. Ha de tenerse en cuenta que, como se ha apuntado hace ya tiempo a nivel doctrinal, el poder de dirección no posee sólo una dimensión singular, sino también una dimensión general, en tanto poder de organizar laboralmente la empresa. Si la primera abarca las órdenes e instrucciones que el empresario o sus delegados imparten a cada trabajador para que éste de cumplimiento a su contrato, a la segunda pertenecen las decisiones globales que tienen por objeto la organización laboral de la empresa, como pueden ser, entre otras, las relativas a la determinación del volumen de la plantilla, la contratación del trabajo de modo directo o a través de técnicas de externalización productiva, los sistemas de selección y clasificación profesional, la determinación de las fórmulas retributivas y de organización del trabajo, la elección de las modalidades contractuales a utilizar o la decisión de reducir o aumentar el número de trabajadores de la empresa” (Sanguinetti, 2018, pp. 144-145).

Analicemos, en las siguientes páginas, qué opciones metodológicas ha elegido la Corte Suprema peruana para regular jurídicamente la identificación del empleador en el grupo empresarial.

3. Corte Suprema peruana: búsqueda del fraude en el grupo

La Corte Suprema de Justicia de la República peruana, en una primera etapa, ha optado por resolver el problema que plantea el grupo de empresas para el Derecho del Trabajo desde la perspectiva del fraude a la personalidad jurídica. En ese sentido, corresponde que expliquemos brevemente en qué consiste el fraude a la personalidad jurídica, para lo cual también aludiremos a algunos casos que nos permitirán ilustrar mejor esta figura.

Cuando hablamos de fraude debemos entenderlo como aquel que tiene como propósito frustrar los objetivos de la ley o dañar los derechos de un tercero, mayoritariamente de un acreedor, a quien se le deja sin poder cobrar lo que se le debe. De esta manera, con el acto fraudulento se eluden las reglas del derecho, pero no infringiéndolas directamente, sino a través de un mecanismo artificioso. Entonces, en el fraude siempre hay, por un lado, un medio o mecanismo utilizado, y de otro lado, hay un fin o un resultado perseguido y conseguido. (Ormeño, 2006, p.273)

Es pertinente destacar los presupuestos para que se produzca la figura del fraude a la ley. En primer lugar, se debe prescindir de una norma de carácter imperativo o de orden público, realizando una conducta prohibida. En segundo lugar, debe valerse de un ardid, engaño o astucia, para dar la apariencia de engaño amparándose en una norma general. En tercer lugar, la norma defraudada queda sin aplicación. Finalmente, la existencia de un daño potencial o efectivo para terceros.

Así, en el fraude a la personalidad jurídica existe una apariencia de que las empresas filiales del grupo tienen autonomía económica y funcional, cuando en realidad no la tienen y lo que ocurre en los hechos es que el grupo representa una sola y única empresa. Es decir, las empresas filiales no son empresas, sino sólo centros de trabajo sin autonomía económica. Como ya se dijo, tras cada personalidad jurídica independiente, no se advierte una realidad económica diferenciada (Cruz Villalón, 1996, p. 49).

En el fraude a la personalidad jurídica lo que existe es un funcionamiento integrado de todas las empresas del grupo. Tan así, como si se tratara de un solo bloque empresarial. Por lo que la existencia de las empresas filiales es

meramente artificial. Se habla también de que estamos ante un supuesto de confusión de patrimonios entre todas las empresas del grupo. Y los indicios son, entre otros, compartir una misma unidad física o local, realizar actividades productivas idénticas o similares, prestarse servicios entre las empresas y no cobrarse, intercambio o utilización común de bienes, maquinarias, el utilizar los mismos mecanismos de distribución y ventas de sus manufacturas, etc.

Trasladando la figura del uso fraudulento a la personalidad jurídica al ámbito del Derecho del Trabajo, en este ámbito se utiliza fraudulentamente a las personas jurídicas de las filiales con el ánimo de que el grupo empresarial eluda las obligaciones laborales que le corresponden como empleador, tales como la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa, las gratificaciones, vacaciones anuales y descansos remunerados, entre otros.

3.1. La reducción del grupo de empresas a una sola empresa

Una de las Casaciones pertinentes para analizar la búsqueda del fraude a la personalidad jurídica por parte de la Corte Suprema es la Casación N°3733-2009 Lima, en la cual la Corte Suprema resolvió el recurso de casación interpuesto por el GRUPO RPP Sociedad Anónima respecto de la demanda de reintegro de beneficios sociales y otros. La Corte Suprema afirma que ha quedado acreditada la existencia del grupo económico por los siguientes motivos: 1) la participación de acciones en ambas empresas de Manuel Delgado Parker, 2) la relación familiar de los accionistas que pertenecen al mismo grupo empresarial GRUPO RPP, y 3) ambas empresas funcionan en el mismo local.

Particularmente, consideramos que estos indicios no son tan determinantes para concluir que existe un fraude a la personalidad jurídica, en tanto la relación familiar de los accionistas del mismo grupo no es un indicio importante para concluir que existe un ánimo de aparentar independencia formal y funcional de una de las empresas del grupo. Del mismo modo, el hecho de que ambas empresas funcionen en el mismo local es un asunto que puede no tener ninguna relevancia, ya que podemos preguntarnos qué pasaría con las empresas que se encuentran ubicadas dentro del mismo edificio empresarial

donde se alquilan oficinas. Sin embargo, lo importante es dejar sentado que la Corte Suprema peruana busca al grupo que no es grupo, ya que más allá de la eficacia de los indicios pretende determinar si el grupo está actuando como una sola y única empresa.

Otra Casación que evidencia la postura de la Corte Suprema de buscar al grupo de empresas fraudulento es la Casación Laboral N°3069-2009- La Libertad, que resolvió el recurso de casación interpuesto por Telefónica del Perú S.A.A. en el proceso que versó sobre reintegro de remuneraciones y otros. La Corte Suprema, en este caso, enumeró los elementos identificados por la Sala que permitieron concluir la presencia de un grupo conformado por las codemandadas Telefónica del Perú y Telefónica Servicios Comerciales. Dichos elementos eran los siguientes: 1) la participación activa del apoderado de Telefónica Servicios Comerciales, quien en representación de esta empresa celebró el contrato de condiciones de trabajo con el demandante, a pesar de que un mes antes había ejercido el cargo de Sub Gerente de Gestión y Administración de Recursos Humanos de Telefónica del Perú, 2) la existencia de un mismo domicilio social de ambas empresas, y 3) los anuncios periodísticos donde se presentan como Grupo Económico Telefónica del Perú y sociedades filiales.

Así, la Corte Suprema señaló que la Sala motivó adecuadamente su decisión y, en consecuencia, declaró improcedente el recurso de casación interpuesto por Telefónica del Perú. Es importante mencionar que los elementos enunciados en el anterior párrafo eran relevantes para saber si nos encontrábamos frente a un grupo de empresas, sin embargo, parece que en este caso por el solo hecho de que nos encontremos frente a un grupo de empresas, la Corte Suprema estimó que estamos frente a una sola y única empresa. La jurisprudencia reconoce al grupo como empleador, allí donde realmente no existe grupo, sino una sola empresa con apariencia formal de grupo. Es decir, se vuelve a perseguir el fraude de la personalidad jurídica, a riesgo de confundir el concepto de grupo de empresa con grupo fraudulento.

3.2. La extensión de la responsabilidad solidaria como solución adoptada por la Corte Suprema

Una de las Casaciones que evidencia la postura de la Corte Suprema de extender la responsabilidad solidaria a las empresas codemandadas como solución a la problemática del grupo de empresas es la Casación N°3152-2009, en la cual se resolvió el recurso de casación interpuesto por Telefónica del Perú S.A.A., donde dicha empresa señaló como una de las causales del recurso de casación la inaplicación del art 1183° del Código Civil, afirmando que la Sala se equivocó al sostener que existía solidaridad entre las codemandadas solo por el hecho de que Telefónica del Perú poseía un porcentaje de acciones de la empresa codemandada, y señalando que el *ad quem* estaba inaplicando las normas sobre la solidaridad al presente caso.

La Corte Suprema en este caso señaló que se había acreditado de forma incuestionable que las codemandadas formaban parte del mismo grupo empresarial, encontrándose por tanto vinculadas económicamente, y afirmó que es un ámbito que no puede analizarse dentro de los alcances del art 1183° del Código Civil, sino dentro del ámbito de protección de los beneficios sociales de los trabajadores, destacando su carácter prioritario e irrenunciable que ha sido consagrado en los artículos 24 y 26 inciso 2 de la Constitución Política, por lo que esta es la razón que justifica el pago de los créditos laborales del demandante.

Del mismo modo, la Corte Suprema hizo alusión a los artículos 24° y 26° inciso 2° de la Constitución Política, sin embargo, no consideramos que el principio de irrenunciabilidad consagrado en el art 26° de la Constitución sea de utilidad para la resolución de la controversia en el presente caso. El principio de irrenunciabilidad de derechos se refiere a la prohibición de todos los actos de disposición del titular de un derecho que recaigan sobre derechos originados en normas imperativas y la transgresión de esta regla se sanciona con la invalidez (Neves, 2009, p.127). En ese sentido, no encontramos la lógica de aplicar el principio de irrenunciabilidad de derechos al presente caso, en vista de que en

ningún momento ha existido un acto de disposición de un derecho de parte del trabajador, por lo no encajaría el supuesto para la aplicación de este principio.

Del mismo modo, también consideramos que la Corte Suprema no explica adecuadamente cómo el extremo del artículo 24° de la Constitución que señala que el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador se aplica al presente caso, pues simplemente se limita a mencionarlo, sin explicar su vinculación a la resolución de la controversia.

Como se puede apreciar, estos argumentos no son los adecuados para sustentar la responsabilidad solidaria del grupo, más aún si la Corte Suprema persigue los grupos fraudulentos. La solución debió ser más simple: “si el grupo es fraudulento, esto es, el grupo es una sola y única empresa, entonces habría una responsabilidad simultánea de todas las empresas que conforman el grupo fraudulento”. No se trata de una responsabilidad solidaria en puridad de términos, sino de una responsabilidad imputable al grupo como una sola y única empresa. La empresa que subyace a un grupo fraudulento es la única responsable por todas las deudas laborales.

No obstante, el problema de esta postura jurisprudencial es que se deja exento de responsabilidad patrimonial a los grupos llamados reales, pues sólo se centra la atención en los grupos fraudulentos.

3.3. Pleno Jurisdiccional Laboral de Lima del año 2008

En el año 2008 se llevó a cabo el Pleno Jurisdiccional Laboral, en el que se discutieron diferentes temas, uno de los cuales fue la responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales. La pregunta que daba lugar a la discusión era la siguiente: ¿En materia laboral resulta procedente disponer la solidaridad en el pago de las obligaciones laborales en supuestos distintos a los previstos en el artículo 1183° del Código Civil o en forma exclusiva y excluyente en los casos regulados por esta norma?

La primera ponencia señalaba que existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el

artículo 1183° del Código Civil, sino además en los casos en los que exista vinculación económica o grupo de empresas. Los fundamentos de esta ponencia radican esencialmente en los diferentes dispositivos normativos que definen al grupo económico, entre los que se encuentran la Resolución de SBS N°445-2000 y la Resolución Conasev N°090-2005-EF/94.10 de 23 de diciembre de 2005.

De otro lado, la segunda ponencia señalaba que existe solidaridad en las obligaciones laborales únicamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil, siendo esta la única norma legal que establece los criterios de solidaridad para el cumplimiento de las obligaciones. El fundamento de esta postura estriba en que no es posible distinguir donde la ley no distingue y el Código Civil en su artículo 1183° es terminante al establecer que la solidaridad no se presume, sino que por ley o pacto expreso se establece en forma expresa. En el caso del Derecho del Trabajo, en donde sin existir norma o pacto expreso respecto de la responsabilidad solidaria, se entablan pretensiones procesales contra dos o más sociedades, no obstante el emplazante no haya prestado labores en todas ellas, siendo el fundamento para tal propósito el considerar la existencia de vinculación entre dichas sociedades. En ese sentido, señalaban que resulta atendible que, en sede laboral, cuando se demande la responsabilidad solidaria de dos o más personas jurídicas se exija el cumplimiento de los presupuestos del artículo 1183° del Código Civil.

La primera postura obtuvo una votación de 66 votos a favor, por lo que fue la elegida. De esta manera, el Pleno adoptó por unanimidad la primera postura, que enuncia lo siguiente:

“Existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil sino, además, en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas, o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores”.

Asimismo, acordaron que se presente una propuesta legislativa en el siguiente sentido: Solicitar a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la

República para que en ejercicio de sus facultades presente una iniciativa legislativa respecto a la regulación de la solidaridad en materia laboral.

Nuestra postura es sumamente crítica respecto del Pleno. En primer lugar, consideramos que no se puede crear responsabilidad solidaria desde un Pleno Jurisdiccional. A través de dicho Pleno, que ni siquiera tiene el carácter normativo en la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se puede contravenir el art 1183° del Código Civil que exige que la responsabilidad solidaria sea impuesta por ley o contrato.

En segundo lugar, otra crítica que realizamos al Pleno es que utiliza como términos distintos la vinculación económica y el grupo de empresas, cuando a efectos empresariales son lo mismo. El grupo de empresas está conformado por empresas con vínculos económicos y accionariales. Por ello, no queda claro cuáles son los supuestos adicionales a los contemplados en el artículo 1183 del Código Civil.

En tercer lugar, otra de las críticas que realizamos al Pleno es que sanciona con responsabilidad solidaria la existencia del fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores. Al respecto, no encontramos la lógica de esta postura, pues si nosotros encontramos un fraude a los derechos laborales de los trabajadores no optaríamos por la vía de la responsabilidad solidaria, sino que lo más sensato es optar por la vía del levantamiento del velo societario y sancionar al grupo que no funciona como tal, es decir, se articula el comportamiento mínimamente autónomo de las unidades empresariales y que asimila, por este motivo, su comportamiento al de una única empresa (Arce, 2003, p. 250).

En otras palabras, lo que nosotros sostenemos es que carece de sentido extender la responsabilidad solidaria cuando nos encontramos frente a un fraude, tal como ha sido la línea jurisprudencial de la Corte Suprema, en la medida que el propio ordenamiento jurídico nos da un remedio para enfrentarlo, el cual viene a ser el levantamiento del velo societario, una institución destinada a evitar que detrás de un formalismo jurídico que cumple un papel de escudo se desarrollen actividades que perjudican a ciertos accionistas de la sociedad o a terceros vinculados en un contrato (Trazegnies, 2004, p.12) (que en este caso

vienen a ser los trabajadores) y la aplicación de la teoría del derecho para el fraude, tomando en consideración los numerosos intentos de construir una teoría general del fraude como fenómeno unitario dentro del Derecho Civil, materia que no corresponde al presente artículo pero que ha sido desarrollada ampliamente en otros espacios.

3.4. La Corte Suprema nunca creó un concepto de grupo empresarial

Como lo hemos venido desarrollando a lo largo del presente artículo, hemos podido apreciar que en una primera etapa la Corte Suprema optó por resolver el desafío que planteaba el grupo de empresas para el Derecho del Trabajo a partir de la vía de la búsqueda del fraude a la personalidad jurídica. De esta manera, primero se identificaban los elementos constitutivos o indicios que permitían inferir que nos encontrábamos frente a un grupo de empresas, para posteriormente identificar ciertos rasgos que conducían a la Corte Suprema a concluir que las empresas codemandadas no contaban con la independencia económica y funcional, así como tampoco asumían las responsabilidades por su cuenta. Entonces, lo que ocurría en dichos casos es que en los hechos existía una única empresa – en cuyo caso sustituye al grupo fraudulento – que centraliza todos los poderes de las empresas filiales aparentes.

Frente a ello, nosotros sostenemos una postura muy crítica respecto de la forma en que la Corte Suprema ha venido resolviendo las controversias jurídicas sobre esta problemática. Consideramos que la vía de buscar el fraude a la personalidad jurídica es insuficiente en tanto no logra resolver de la manera más idónea posible el reto que representa el grupo de empresas real en el Derecho del Trabajo.

Finalmente, la Corte Suprema peruana nunca enfrentó el problema de si el grupo empresarial, como tal, puede ser empleador. Y menos aún, se ha preguntado si un ente sin personalidad jurídica, como el grupo, puede ostentar la condición de empleador. La metodología utilizada por nuestra jurisprudencia, presidida por el fraude, nos conduce a regresar al concepto decimonónico de la personalidad jurídica. La Corte Suprema va en busca de los grupos de empresa

fraudulentos cuando en realidad estos no son grupos, ya que en estos casos las empresas filiales son una mera apariencia y en los hechos solamente existe una única empresa que utiliza a las empresas filiales para eludir el pago de las obligaciones laborales. En este punto, nuestra Corte Suprema no ha podido hilvanar un concepto “nuevo” de de empleador, para los casos de empleadores desprovistos de personalidad jurídica, como sí lo hizo en su momento el Tribunal Supremo español cuando interpretó que el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores se aplica al caso de empleadores, tengan o no personalidad jurídica.

4. La relevancia del poder de dirección para determinar responsabilidades dentro del grupo

Luego de agotarse la metodología explicada, esto es, la búsqueda del grupo fraudulento en nuestra jurisprudencia casatoria, la Corte Suprema ha empezado a explorar nuevas metodologías para imputar responsabilidades dentro del grupo de empresas. En esta nueva etapa se busca identificar las empresas del grupo que ejercen poder de dirección sobre los trabajadores, aun cuando éstas no hayan firmado contratos con aquellos trabajadores ni sean formalmente sus empleadores. Es decir, se abandona la idea de imputar responsabilidades a todas las empresas del grupo y se centra en imputar responsabilidades únicamente a las empresas que ejercen un poder de dirección simultáneo sobre el trabajador. Para ello, nos serviremos de dos casaciones importantes que nos permiten observar esta nueva manera de afrontar el problema por la Corte Suprema.

4.1. El ejercicio del poder de dirección simultáneo de las empresas del grupo

En la Casación N°10759-2014, la Corte Suprema resolvió el recurso de casación interpuesto por Dante Hugo Barbis Ayres en el proceso sobre pago de beneficios sociales. La Corte Suprema resolvió la controversia tomando en

consideración el contrato de locación de servicios, donde en una de las cláusulas se aprecia que las codemandadas como integrantes del grupo “Distriluz” contrataron al demandante para que preste sus servicios de asesoría técnica especializada en tecnología informática, hecho que se encuentra ratificado con la tarjeta de presentación, los informes de actividades y los correos electrónicos, en los que además de verificarse las labores para las empresas del consorcio se acredita el carácter subordinado y permanente de las labores, con lo que se demuestra la naturaleza laboral de la relación contractual que ha existido con las codemandadas integrantes del grupo empresarial DISTRILUZ.

Además, la Corte Suprema menciona que, al haberse beneficiado de las labores del demandante y al aparecer todas las empresas del grupo como co contratantes con el mismo trabajador, corresponde a los miembros integrantes del grupo de empresas el pago solidario de los beneficios sociales que se han generado a favor del demandante, sin perjuicio de reconocer que cada una de las empresas tengan una autonomía y personalidad jurídica propia, y afirmando que ello encuentra justificación en el Principio de Primacía de la Realidad por encima de las formas jurídicas.

Además, otro aspecto relevante en el fallo es que se ha acreditado el carácter subordinado y permanente de las labores en cada una de las codemandadas, es decir, en este caso la Corte Suprema está identificando que ha existido el ejercicio simultáneo de un poder de dirección por parte de las empresas codemandadas. Las empresas del grupo ejercen un poder de dirección directo con el mismo trabajador. Quizá no hay un grupo fraudulento, pero sí existe una cotitularidad patronal.

Otra de las casaciones que permite apreciar la búsqueda del ejercicio de poder de dirección de las empresas de parte de la Corte Suprema y la extensión de la responsabilidad solidaria a las codemandadas es la Casación N°4871-2015 Lima, donde la Corte resolvió el recurso de casación interpuesto por Corporación Lindley S.A en el proceso sobre indemnización por daños y perjuicios.

En el presente caso, la Corte Suprema señala que se debe tener en cuenta que Corporación Lindley S.A no solo coordinaba la venta de los productos que elaboraba, sino que, además, a través de los denominados desarrolladores

supervisaba las labores de la demandante. La Corte Suprema señala que la empresa matriz, es decir Corporación Lindley, supervisaba las labores de la demandante. En otras palabras, sostiene que la empresa matriz ejerció un poder de dirección sobre la demandante cuando esta no era su empleadora, sino cuando formalmente se encontraba bajo el poder de dirección de la codemandada, unas de las empresas del grupo.

4.2. La responsabilidad solidaria de las empresas que ejercen poder de dirección simultáneo

Nos parece que el argumento para sustentar la solidaridad debe ser muy simple. No pasa por la necesidad de que la ley impute responsabilidad solidaria a las empresas que ejercen un poder de dirección conjunto, ya que basta imputar responsabilidad por sólo el hecho de que las empresas ejercen poder de dirección simultáneo sobre el mismo trabajador. En la lógica de nuestro artículo 4 LPCL, existe relación laboral en toda prestación personal, remunerada y subordinada. Ello, sin importar que alguna de estas empresas, o todas, tengan relación jurídico formal con el trabajador y las demás no.

Quizá esta técnica de imputación directa de responsabilidades solidarias, puede cuestionarse en el Perú utilizando el argumento de la desnaturalización de la relación laboral que precisan las normas de tercerización o intermediación. Como se sabe, si es que dos empleadores ejercen poder de dirección simultáneo en el marco de una tercerización o intermediación, lo que corresponde es desnaturalizar el contrato con la empresa de servicios y establecer la relación jurídico contratual con la empresa principal o usuaria. En efecto, en estos supuestos, no hay responsabilidad solidaria, sino únicamente responsabilidad de una de las empresas. No obstante ello, no nos parece que debe aplicarse la desnaturalización del contrato dentro del grupo empresarial, puesto que esta figura ha sido recogida excepcionalmente en la normativa de tercerización o intermediación. Creemos que debe aplicarse, con toda la fuerza, el artículo 4 LPCL, que al ser más general regularía esta situación no prevista para los casos de grupo empresarial.

Por su parte, la Corte Suprema ha buscado otros argumentos para sustentar la responsabilidad solidaria de las empresas que ejercer poder de dirección conjunto y simultáneo sobre un mismo trabajador. En la Casación N°10759-2014, la Corte Suprema utiliza como fundamentos para determinar la responsabilidad solidaria de las empresas el Principio de Primacía de la Realidad y la prioridad en el pago de las obligaciones laborales establecido en los artículos 24 y 26 de la Constitución Política. De esta manera, podemos concluir que, pese a que la Corte Suprema resolvió el caso concreto por la vía de la búsqueda del poder de dirección de las empresas, el recurrir al Principio de Primacía de la Realidad y a los artículos 24 y 26 de la Constitución Política es un argumento que permanece inalterable para la Corte Suprema cuando se trata de extender la responsabilidad solidaria a las codemandadas.

Como es obvio, la aplicación del principio de Primacía de la Realidad es bienvenido, ya que lo que ocurre en los hechos es que todas las empresas ejercen poder de dirección beneficiándose además de las labores del demandante, más allá de que todas o una de ellas sean formalmente su empleador. Sin embargo, se vuelven a mencionar los artículos 24 y 26 de la Constitución que, como ya se dijo, no pueden aparecer como sustento de la responsabilidad solidaria.

Finalmente, la Casación N°4871-2015 Lima, donde se discute la responsabilidad solidaria de la Corporación Lindley S.A., señala que en materia laboral la regla de que la responsabilidad solidaria se imponga por ley no es tan absoluta, puesto que por la naturaleza de los derechos que se discute opera algunas excepciones a la regla, las mismas que se han venido reconociendo en la jurisprudencia, a tal punto que estas se plasmaron en el Pleno Jurisdiccional Laboral del año 2008. Nuevamente, consideramos muy peligroso que los jueces se atribuyan sin más, la potestad de crear obligaciones solidarias sin necesidad de atribución legal previa.

4.3. Limitaciones en la metodología del empleador conjunto en las empresas de un grupo

A partir de las dos casaciones recientemente analizadas podemos apreciar que en esta segunda etapa la Corte Suprema no ha identificado al grupo de empresas como empleador, sino que lo que ha realizado es buscar el ejercicio del poder de dirección en las empresas: en la Casación N°10759-2014 la Corte se refirió al carácter subordinado y permanente de las labores que prestó el demandante en las empresas del consorcio, mientras que en la Casación N°4871-2015 la Corte señaló que la empresa matriz, a través de los denominados desarrolladores, supervisaba las labores de la demandante.

Así, si analizamos minuciosamente ambas casaciones, en ningún momento la Corte Suprema reconoce como empleador al grupo de empresas. Lo que realiza la Corte Suprema es identificar y analizar ciertas conductas de parte de las empresas y posteriormente concluye si estas constituyen o no un ejercicio del poder de dirección de parte de las empresas. En caso de que la Corte concluya que estas conductas sí constituyen un ejercicio del poder de dirección de las empresas, el fallo ordenará el pago solidario de las empresas codemandadas.

Si bien este avance jurisprudencial debe ser aplaudido, consideramos que nuevamente se construye sobre la base de las personas jurídicas que conforman el grupo de empresas. Las empresas imputadas siempre serán personas jurídicas (matriz o filiales) que cuentan con personalidad jurídica propia, por lo que el grupo de empresas como tal, como empleador sin personalidad jurídica, no existe para la Corte Suprema peruana. Por ello, esta construcción centrada en el ejercicio del poder de dirección conjunto de las empresas del grupo, abandona el objetivo de identificar al grupo de empresas como empleador complejo, compuesto por un empleador sin personalidad jurídica y sus correspondiente empresa matriz y empresas filiales.

5. La Corte Suprema no ha construido el concepto de grupo de empresas como empleador

En la que hemos identificado como la primera etapa de la Corte Suprema respecto a los fallos laborales sobre grupos de empresas advertimos que el

razonamiento utilizado por los magistrados consistió en la búsqueda del fraude a la personalidad jurídica para extender la responsabilidad solidaria. De otro lado, en la segunda etapa la Corte Suprema dejó de lado la búsqueda del fraude a la personalidad jurídica para adentrarse en la búsqueda del poder de dirección de las empresas para determinar si correspondía extender la responsabilidad solidaria.

No obstante, por más que la Corte haya dado solución a las controversias laborales referidas al grupo de empresas, a partir de la revisión de las diferentes casaciones expedidas observamos que en ninguna de las dos etapas la Corte Suprema se preocupó por construir un concepto propio de grupo de empresas.

El panorama jurídico es, por lo demás, incierto. No existe legislación que regule los grupos empresariales y sus particularidades. Tampoco la jurisprudencia de la Corte Suprema ha podido elaborar un concepto de empleador que trascienda los cercos del concepto de personalidad jurídica y del ejercicio del poder de dirección. El efecto de todo ello es que los grupos reales siguen sin regulación, ya que sólo se han intervenido los grupos fraudulentos. Esta situación es preocupante, sin embargo, a la vez, abre las puertas a una necesidad de reflexión que permita regular el poder de dirección en los grupos empresariales, como estructuras complejas.

No creemos que la única vía de regulación sea la imputación de responsabilidades a un ente sin personalidad jurídica. Han sido muchas las legislaciones que han fracasado en este intento. La búsqueda del empleador perdido al interior de una estructura empresarial compleja, genera muchos problemas. Por ejemplo, como quiera que existen varios poderes de dirección en el grupo (ente sin personalidad, matriz, filial), ¿quién prueba qué instancia está ejerciendo el poder de dirección? ¿el trabajador?. O, si hay varios poderes de dirección dentro del grupo, ¿cómo ejercer la prueba del ejercicio del poder de dirección por determinada instancia? ¿el empleador tiene obligación de dotar de esta información al trabajador?. Creemos más bien que la búsqueda del empleador perdido dentro del grupo ha sido una “quimera”, en la que el derecho y los dogmáticos han fracasado.

Finalmente, una luz de esperanza se está abriendo con una metodología más novedosa. Esta es la del empleador instrumental o putativo. Quizá la mayor crítica que podamos hacer a este nueva metodología es que su uso depende más de una voluntad legal que de un voluntarismo judicial. No obstante, pasamos al último punto para dejar planteada esta nueva metodología, que permite solucionar varios de los problemas laborales que plantea la estructura empresarial de grupo.

6. En Perú no se ha realizado el análisis del empleador instrumental o putativo

El concepto del empleador instrumental o putativo se refiere a una noción de empleador de carácter meramente instrumental, en la cual no es necesario probar el ejercicio del poder de dirección para convertirse en centro de imputación de obligaciones laborales (Sanguineti, 2018, p. 145). Esta tesis surge a partir de la búsqueda del empleador perdido como reacción a la crisis del modelo de identificación del empleador para superar al formalismo contractual e imputar la responsabilidad de las deudas sociales al sujeto que en los hechos ejerce el poder de dirección (Arce, 2019, pp. 95-96).

La dificultad que surge en la técnica del empleador perdido, como ya se dijo, es que la carga de la prueba del ejercicio del poder de dirección por un sujeto distinto al que celebró el contrato de trabajo le corresponde al propio trabajador, por lo que la técnica probatoria es la del caso por caso, que termina siendo poco eficaz. Por ello, surge la tesis del empleador instrumental o putativo como una forma de corregir el defecto metodológico y reconocer cierta relevancia a los empleadores que no figuran como tales porque no celebraron un contrato de trabajo. Así, se supera la tesis que identifica al empleador con el sujeto que firma el contrato de trabajo.

Arce nos señala dos fundamentos de la técnica del empleador instrumental o putativo, partiendo del cuestionamiento de por qué se le da relevancia a un sujeto que no tiene vínculo jurídico con el trabajador. La primera de las razones es la protección de los derechos fundamentales del trabajador,

ya que lo importante es satisfacer estos derechos, incluso si tenemos que recurrir a un tercero que no es el empleador para ello. En realidad, se convoca a un tercero, que no es empleador, y se le imputan responsabilidades para salvar el ejercicio de los derechos laborales. La segunda razón es la utilidad patrimonial obtenida por la red en su conjunto, puesto que, si bien en el contrato el trabajador labora para un empleador concreto, en los hechos trabaja para una red accionarial que se beneficia económicamente en su conjunto (2019, p.97). En algunos casos, también podemos sumar como argumento la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad.

Como se puede ver, en esta técnica no es necesario analizar quién ejerce el poder de dirección. Es decir, desaparece la búsqueda del fraude y del empleador perdido. Lo único que importa es dictar reglas concretas que permiten proteger los derechos de los trabajadores, imputando responsabilidades a un tercero que no es empleador. Por ejemplo, si una empresa filial de un grupo no le paga sus beneficios sociales al trabajador, la ley o la jurisprudencia puede imputarle responsabilidad a las demás empresas del grupo por dos razones. Primero, el cobro de las remuneraciones y los beneficios sociales tienen relevancia constitucional (artículo 24 Constitución), por lo que es absurdo que el sistema jurídico permita, sin hacer nada, que se mantengan deudas impagas de beneficios sociales². Segundo, las empresas de un grupo pertenecen a una misma red accionarial, por lo que, al beneficiarse de modo directo o indirecto de la labor del trabajador, existe un factor de atribución que sustentaría la responsabilidad en conjunto de las empresas del grupo.

Otro ejemplo. Si la rotación de forma sucesiva de un trabajador por las empresas del grupo perjudica la suma de sus derechos de antigüedad, la ley o la jurisprudencia puede, por una disposición concreta, ordenar la suma de los periodos trabajados en las distintas empresas del grupo, más allá de qué empresa haya ejercido poder de dirección sobre el trabajador. Otra vez, los

² No se trata de aplicar el artículo 24 de la Constitución para sustentar la responsabilidad solidaria, como lo hacía la Corte Suprema peruana cuando perseguía el fraude. La Corte Suprema pedía indicios de fraude a la personalidad jurídica de las empresas del grupo, por lo que ya no era necesario sustentar la responsabilidad solidaria. Aquí, se menciona el artículo 24 de la Constitución para resaltar la relevancia constitucional de los derechos en juego.

argumentos son los siguientes: primero, sería absurdo que la personalidad jurídica plural de las empresas del grupo generen una distorsión en la suma de los periodos laborales y ello afecte de distintas formas al trabajador (remuneraciones, ascensos, estabilidad con un periodo de prueba repetido, etc); en segundo lugar, el hecho de que todas las empresas pertenezcan al grupo empresarial, es un argumento que abona en su responsabilidad conjunta. Como se ve, las demás empresas del grupo no son empleadoras del trabajador, pero se le imputan responsabilidades concretas para salvaguardar los derechos que se encuentran en juego.

Ahora que tenemos claro el contexto en el que surge la técnica del empleador instrumental o putativo y en qué consiste precisamente esta, podemos afirmar que de todas las Casaciones que hemos analizado a lo largo del presente artículo, en ninguna de estas ha existido un análisis de la Corte Suprema respecto al grupo de empresas como empleador putativo.

En la primera etapa la Corte Suprema resolvió las controversias sobre los grupos de empresas desde la búsqueda del fraude a la personalidad jurídica; primero identificaba los elementos constitutivos que acreditaban la existencia de un grupo de empresa, para posteriormente identificar ciertos indicios que demostraban que en realidad solo existía una única empresa, mientras que las empresas filiales en realidad eran empresas aparentes, que carecían de toda independencia formal y funcional. En dicha etapa a la Corte no parecía interesarle quién ejercía el poder de dirección sobre los trabajadores, sino que lo único que parecía importar era identificar el fraude a la personalidad jurídica; de manera que no era una prioridad en dicha etapa aplicar la técnica del empleador putativo, pues si en principio no importaba quién ejercía el poder de dirección sobre los trabajadores, entonces no resultaba de utilidad imputar las deudas sociales al sujeto que en los hechos ejercía el poder de dirección.

De otro lado, en la segunda etapa la forma de solucionar las controversias de la Corte Suprema consistió en la búsqueda del ejercicio del poder de dirección de las empresas. Como lo hemos mencionado, en esta etapa la Corte daba mucha importancia al hecho de que los trabajadores hayan prestado labores subordinadas y permanentes en cada una de las empresas del grupo.

Somos concientes que la técnica del empleador instrumental supera una idea muy anclada en el Derecho del Trabajo tradicional. Permite escapar del cerco permanente que siempre ha tenido el empleador respecto al contrato de trabajo. Sólo quien firma el contrato puede ser el empleador o asumir las responsabilidades que emanan de tal vínculo. Esta idea se desvanece en el empleador instrumental. Aquí recurrimos a un tercero, sin vínculo jurídico con el trabajador, para evitar distorsiones en sus derechos³. ¿Ello se presta a la arbitrariedad?. No lo creemos, dado que la técnica del empleador instrumental sólo se hara efectiva al interior de un grupo (empresas relacionadas entre sí por vinculaciones accionariales y económicas). Este es su sustento dogmático. De ahí que antes de admitir la tesis del empleador instrumental, tanto la ley o la jurisprudencia deben identificar qué requisitos debe cumplir un conglomerado empresarial para ser considerado un grupo de empresas a los efectos laborales.

³ Esta metodología del empleador instrumental ya tiene antecedentes jurisprudenciales en España. Así, en un grupo empresarial, ante una huelga planteada en una de las empresas de dicho grupo, precisamente la que se encarga de la impresión de las publicaciones, el resto de empresas acudieron a la contratación externa de las actividades que, desde la constitución del grupo como tal, se encargaba a la empresa que soportó la huelga. “En esas condiciones, la radical alteración de las dinámicas de funcionamiento coordinado de las empresas del grupo, producida como consecuencia de la convocatoria de la huelga, vació de contenido en parte, el derecho fundamental a la huelga privándole de la repercusión externa de la misma a través de una puntual modificación de los procesos productivos imperantes en el grupo empresarial” (Sentencia TS español 3657/ 2018, de 3 de Octubre 2018). En este caso, se imputó como responsable de la eficacia del derecho de huelga a todas las empresas del grupo y no sólo a la empresa en la que se había producido la medida de presión.

Bibliografía

- ARCE, E. (2014). Metodología de regulación de los grupos de empresa en el Derecho Individual del Trabajo. Congreso Trinacional Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, (pp. 237-251).
- ARCE, E. (2019). “La crisis del concepto de empleador en las redes empresariales. Análisis de casos sobre el empleador putativo o instrumentan en el Perú”. En Wilfredo Sanguinetti, *La construcción del Derecho del Trabajo de las redes empresariales* (pp. 93-102).
- BAYLOS, A. y COLLADO, L. (1994). *Grupos de empresa y derecho del trabajo*. Editorial Trotta.
- BAZ, J. (2002). *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*. Editorial Comares.
- CARHUATOCTO, H. (2011). *La utilización fraudulenta de la persona jurídica en el ámbito del derecho laboral* (Tesis para optar el título de doctor en derecho y ciencias políticas). Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- CASTELLO, A. (2015). *Grupo de empresas y derecho del trabajo*. Fundación de Cultura Económica.
- CRUZ VILLALÓN, J. (1996). “Notas acerca del régimen contractual laboral en los grupos de empresa”. En *Temas Laborales*, nº 38, pp. 31-73.
- NEVES, J. (2009). *Introducción al derecho del trabajo*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ORMEÑO, M. (2006). El uso fraudulento de la persona jurídica. En Universidad de Lima (Ed.), Libro homenaje Facultad de Derecho (pp. 261-294). Fondo Editorial Universidad de Lima.
- SANGUINETI, W. (2013). “Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo”. En Wilfredo Sanguinetti, *Derecho del Trabajo, tendencias actuales*. Editorial Grisley.
- SANGUINETI, W. (2018). “El empleador plural, empleador complejo y el empleador instrumental en las redes de empresa”. Wilfredo Sanguinetti y Juan Bautista Vivero. *Impacto laboral en las redes de empresa*, Editorial Comares.

Recursos electrónicos

ARCE, E. (2003). "Grupo de empresas y derecho laboral". *IUS ET VERITAS*, 13 (26), pp.245-258. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16246>.

TRAZEGNIES, F. (2004). "El rasgado del velo societario dentro del arbitraje". *IUS ET VERITAS*, 14 (29), pp.12-22. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11485>.

**EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LOS
CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO EN EL SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. A
PROPÓSITO DE LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-27/21 DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**THE RIGHT TO COLLECTIVE BARGAINING AND COLLECTIVE
WORK AGREEMENTS IN THE INTER-AMERICAN HUMAN
RIGHTS SYSTEM. REGARDING ADVISORY OPINION OC-27/21
OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

Guillermo BOZA PRÓ

Profesor Principal de Derecho del Trabajo, Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú).

boza.g@pucep.edu.pe

Fecha de envío: 23/08/2023

Fecha de aceptación: 18/09/2023

**EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LOS CONVENIOS
COLECTIVOS DE TRABAJO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE
DERECHOS HUMANOS. A PROPÓSITO DE LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-
27/21 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Guillermo BOZA PRÓ

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Resumen: En el presente trabajo se aborda el alcance del derecho a la negociación colectiva y los convenios colectivos, a la luz del sistema interamericano de derechos humanos, aportando un análisis de la Opinión Consultiva 27/21 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: Negociación colectiva - Convenios colectivos - CIDH

Sumario: 1. Introducción. Sobre la Opinión Consultiva OC-27/21 y su valor jurídico. 2. Reconocimiento normativo del derecho a la negociación colectiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en la normativa internacional del trabajo. 3. Caracterización del derecho de negociación colectiva. 3.1. Derecho de los trabajadores y la correlativa obligación de negociar del empleador. 3.2. Alcance del mandato a los poderes públicos de garantizar, fomentar o estimular la negociación. 3.3. Garantizar también el cumplimiento del producto negocial. La obligatoriedad o fuerza vinculante del convenio colectivo de trabajo. 4. La posible afectación del derecho a la tutela judicial efectiva por el incumplimiento de convenios colectivos de trabajo. 5. Reflexión final. El papel compensador de la autonomía colectiva y la imposibilidad de derogar *in peius* la ley laboral por convenio colectivo.

Abstract: This paper addresses the scope of the right to collective bargaining and collective agreements, in light of the inter-American human rights system,

providing an analysis of Advisory Opinion 27/21 of the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: Collective bargaining - Collective agreements - IACHR

Summary: 1. Introduction. About Advisory Opinion OC-27/21 and its legal value. 2. Normative recognition of the right to collective bargaining in the Inter-American Human Rights System and in international labor regulations. 3. Characterization of the right to collective bargaining. 3.1. Workers' rights and the employer's corresponding obligation to negotiate. 3.2. Scope of the mandate of public powers to guarantee, promote or stimulate negotiation. 3.3. Also guarantee compliance with the negotiated product. The obligatory nature or binding force of the collective bargaining agreement. 4. The possible impact on the right to effective judicial protection due to non-compliance with collective labor agreements. 5. Final reflection. The compensatory role of collective autonomy and the impossibility of repealing in peius the labor law by collective agreement.

1. Introducción. Sobre la Opinión Consultiva OC-27/21 y su valor jurídico¹

A petición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y en ejercicio de su función consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Corte IDH”, o “la Corte”) emitió, con fecha 5 de mayo de 2021, la Opinión Consultiva OC-27/21, sobre los derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género. En efecto, una de las funciones de la Corte establecida en el artículo 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en lo sucesivo, “la Convención” o la “CADH”), es la de interpretar la Convención u otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos aplicables a los Estados americanos, cuando así lo solicite alguno de los Estados miembros de la OEA o algún órgano de esta organización, como es el caso de la Comisión Interamericana.

En la citada opinión consultiva, se pone de manifiesto la importancia que tienen los derechos humanos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga en el funcionamiento de los sistemas de relaciones laborales de las sociedades democráticas. A partir de su reconocimiento tanto en el en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, “SIDH”) como en la normativa internacional del trabajo, y de la interpretación que de esta última hacen los órganos de control de la OIT, la Corte ha definido el alcance de dichos derechos, fijando su contenido y las obligaciones estatales de respetar, garantizar y promover, los mismos. Vinculado a lo anterior, otro aspecto importante de la opinión consultiva, es la posición que, en clave protectora de los derechos de los trabajadores y trabajadoras, fija la Corte respecto de la (im)posibilidad de derogar o modificar *in peius* la legislación laboral, de manera general, a través de un convenio colectivo de trabajo.

Cabe preguntarse cuál es el valor jurídico de una opinión consultiva y, de hecho, como sostiene Salvioli, se trata de “un dictamen jurídico que efectúa un

¹ Quiero agradecer al profesor Luis Mendoza Legoas por la lectura del presente artículo y los valiosos comentarios realizados.

tribunal internacional, por fuera de toda controversia –por lo que el trámite que sigue el desarrollo de la misma no es de naturaleza contradictoria-, a partir del interés planteado por una parte legitimada en requerir el punto de vista del órgano jurisdiccional, para que esclarezca el alcance y contenido de una o más disposiciones jurídicas”². En esa medida, una opinión consultiva no tiene la naturaleza ni el valor de una sentencia, pero esto no significa que estemos ante una mera opinión o que no resulte vinculante, pues como ha afirmado la propia Corte IDH, esta “tiene competencia para emitir con plena autoridad interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención”, al ser el intérprete de la misma³, y porque “la función consultiva busca coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos”⁴. Por eso, la Corte ha señalado igualmente que, si bien las opiniones consultivas que emiten carecen del carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tienen, no obstante, “efectos jurídicos innegables”⁵.

En consecuencia, aunque no fluya de la literalidad del artículo 64 de la Convención su carácter obligatorio, la fortaleza de una opinión consultiva radica en que en ella se expresa el alcance que, para la Corte, tienen los derechos protegidos por el SIDH, resultando difícil –como además demuestra la práctica– que luego la Corte resuelva en sentido contrario a lo interpretado o establecido en una opinión consultiva, o que los Estados no la tengan en cuenta⁶. Parece lógico, entonces, que una opinión consultiva tenga efectos vinculantes para el propio órgano jurisdiccional que la emitió (la Corte) y para el órgano o Estado que solicitó la opinión y, en ese orden de ideas, “resultaría cuando menos extraño

² Salvioli, Fabián (2022). El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, y el valor jurídico de sus pronunciamientos: la edad de la razón, San José: Investigaciones Jurídicas S.A., p. 237.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-20/09, sobre el artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos, párr. 18.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-28/21, sobre la figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, párr. 24.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-15/97, sobre los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párr. 26.

⁶ Pinto, Mónica (2021), Opinión Consultiva sobre los derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga. YouTube UBA (2 de setiembre de 2021).

que las opiniones consultivas no sean vinculantes para los propios Estados, que son finalmente los sujetos obligados bajo el régimen internacional de tutela de la persona humana, quienes asumen deberes genéricos y particulares, y quienes son pasibles de recibir la atribución de responsabilidad por violaciones de los derechos humanos”⁷.

Sin perjuicio de lo señalado, es innegable el alcance interpretativo de las opiniones consultivas para los Estados, en particular, para los tribunales de justicia. En Perú, por ejemplo, una reciente sentencia del Tribunal Constitucional, en un caso referido a temas migratorios, declaró fundada parcialmente la demanda, acogiendo como parte de los fundamentos de la sentencia, tres opiniones consultivas de la Corte IDH⁸, lo que valida la fuerza jurídica de estos dictámenes emitidos por la Corte⁹. También en sede administrativa se ha recurrido a una opinión consultiva de la Corte, justamente, a la Opinión Consultiva OC-27/21, sobre los derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, para fundamentar la procedencia de una huelga llevada a cabo en el sector aeroportuario por el sindicato de controladores de tránsito aéreo del Perú¹⁰.

⁷ Salvioli (2022), pp. 262-263.

⁸ En efecto, en la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente 00688-2020-PHC/TC (Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y otros), se hace referencia expresa a las siguientes tres opiniones consultivas de la Corte IDH: la OC-18/03, sobre la condición jurídica y los derechos de los inmigrantes indocumentados, la OC 21/14, sobre los derechos de niños y niñas en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, y la OC 25/18, sobre la institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección.

⁹ En materia de derechos laborales colectivos podría citarse la sentencia recaída en el expediente 00018-2021-AI, que declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la ley 31188, ley de negociación colectiva en el sector estatal. No obstante, cabe precisar que es el voto de dos de los seis magistrados que integraban el colegiado, el que recoge la Opinión Consultiva OC-27/21 para referirse a las obligaciones del Estado peruano respecto del derecho a la negociación en el sector público, a partir de la Constitución y el bloque de constitucionalidad conformado por los tratados internacionales sobre la materia ratificados por el Perú, entre ellos la Convención Americana. Es con base en esas obligaciones (como la de promover o estimular la negociación colectiva, o la de tener una lectura restrictiva de las limitaciones que se pueden imponer a la negociación) que esos dos magistrados votan por declarar fundado un extremo de la demanda.

¹⁰ Es el caso de la Resolución Directoral General N° 046-2022-MTPE/2/14, de fecha 01 de abril de 2022, recaída en el procedimiento de calificación de huelga seguido entre el Sindicato de Unificado de Controladores de Tránsito Aéreo del Perú (SUCTA PERÚ) y la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial Sociedad Anónima (CORPAC S.A.).

De los tres derechos sindicales analizados por la Corte en la Opinión Consultiva 27/21, en el presente artículo nos ocuparemos del derecho a la negociación colectiva y del convenio colectivo de trabajo como producto de la negociación, proponiendo, a partir de dicho análisis, una caracterización de ambas instituciones –porque una no se explica sin la otra- y de las obligaciones que de ello se derivan para los Estados en el ámbito interamericano.

2. Reconocimiento normativo del derecho a la negociación colectiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en la normativa internacional del trabajo

El derecho de negociación colectiva goza de un amplio reconocimiento tanto en el SIDH como en la normativa internacional del trabajo. De manera implícita, se encuentra comprendido en el derecho de asociación con fines laborales o en el derecho de libertad sindical propiamente, pero también tiene un reconocimiento expreso como derecho con entidad propia. La estrecha relación o interdependencia del derecho de libertad sindical con el derecho de negociación colectiva es evidente, y así lo han puesto de manifiesto la Corte IDH y los órganos de control de la normativa internacional del trabajo, principalmente el Comité de Libertad Sindical de la OIT, como se precisará más adelante.

En primer lugar, queremos resaltar que el derecho de negociación colectiva se encuentra comprendido o que está reconocido de manera implícita en el derecho de libertad sindical que tiene recepción expresa en la Convención Americana y en el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, “el Protocolo de San Salvador”). En el ámbito de la normativa internacional del trabajo la norma pertinente es el Convenio 87 de la OIT. Todos estos instrumentos han sido ratificados por el Estado peruano.

Así, el artículo 16.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala lo siguiente:

Artículo 16. Libertad de Asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, **laborales**, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole. (el énfasis es nuestro)

Por su parte, el artículo 8.1.a del Protocolo de San Salvador establece:

Artículo 8

Derechos Sindicales

1. Los Estados partes garantizarán:

a. **el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos** y a afiliarse al de su elección, **para la protección y promoción de sus intereses**. (el énfasis es nuestro)

Finalmente, los artículos 2 y 3.1 del Convenio 87 de la OIT, señalan que:

Artículo 2

2. **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. (el énfasis es nuestro)

Artículo 3

3. **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**. (el énfasis es nuestro)

Como se aprecia, las citadas normas reconocen que los trabajadores tienen el derecho de organizarse en sindicatos con la finalidad de proteger y promocionar sus intereses, lo que comprende la posibilidad de realizar acciones de diversa índole para alcanzar ese objetivo. Precisamente, la referencia del artículo 3.1 del Convenio 87 de la OIT al derecho que tienen las organizaciones de trabajadores de organizar sus actividades y de formular su plan de acción, se entiende, dentro de la dimensión colectiva del derecho de libertad sindical, como el reconocimiento de la “libertad de gestión externa”, es decir, aquella parte de la libertad sindical que debe ser garantizada, y que “se expresa principalmente

en las dos manifestaciones más conocidas de la actividad sindical: la negociación colectiva y la huelga”.¹¹

De otro lado, el derecho de negociación colectiva goza de reconocimiento expreso en el sistema interamericano de derechos humanos. En efecto, entre los derechos tutelados por la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, “la Convención Americana”), y que los Estados deben garantizar, se encuentra, por remisión del artículo 26 de la propia Convención Americana a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, “la Carta de la OEA”), el derecho de negociación colectiva. Según el citado artículo 26, los Estados se comprometen a “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformadas por el Protocolo de Buenos Aires”. Esta es la puerta de entrada, entonces, del reconocimiento y tutela de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) en el SIDH¹², y es concretamente el artículo 45, literal c) de la Carta de la OEA, el que recoge el derecho de negociación colectiva en los siguientes términos:

Artículo 45

(...)

c) **Los empleadores y los trabajadores**, tanto rurales como urbanos, **tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores**, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva; (el énfasis es nuestro).

Como puede verse, el artículo en cuestión recoge de manera simultánea los tres derechos laborales colectivos, que son, al mismo tiempo, las tres manifestaciones centrales de la autonomía colectiva, y que está llamada a actuar

¹¹ Villavicencio Ríos, Alfredo (2007). La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: sindicación, negociación colectiva y huelga, Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria, p. 59.

¹² Sobre la “justiciabilidad” de los DESCAs en el SIDH y su evolución jurisprudencial, véase: Salmón, Elizabeth (2019). Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Lima: Fondo Editorial PUCP, pp. 361-374.

como un principio rector del sistema de relaciones de trabajo. En primer lugar, reconoce el derecho de los empleadores y los trabajadores de organizarse para la defensa y promoción de sus intereses, y a renglón seguido consagra a favor de los trabajadores los derechos de negociación colectiva y de huelga.

Consideramos que este reconocimiento multidimensional de la libertad sindical no es gratuito. En efecto, la libertad sindical no se agota en su dimensión orgánica, esto es, en el derecho que tienen los trabajadores de organizarse colectivamente. Este es, sin duda, el punto de partida, que los trabajadores y las trabajadoras puedan contar con una estructura sindical como soporte de la acción colectiva para la defensa y promoción de sus intereses. Pero, al mismo tiempo, la defensa y promoción de esos intereses no sería posible si los trabajadores, y la propia organización sindical, no contaran con los mecanismos o herramientas que la hagan viable. Y esas herramientas para lograr la defensa y promoción de sus intereses, que forman parte de la dimensión dinámica o de actividad de la libertad sindical, son, de un lado, y principalmente, la negociación colectiva, entendida como un espacio de discusión y toma de decisiones con la contraparte empresarial para la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores; y, de otro, la huelga, que es el medio de presión, por excelencia, con el que cuentan sindicatos y trabajadores y que actúa como un contrapeso del poder de negociación y de conflicto de los empleadores.

Existe pues, como se había adelantado, una evidente vinculación o interdependencia de los derechos laborales colectivos. La libertad sindical comprende, por tanto, a los derechos de negociación colectiva y huelga¹³, y requiere de ellos para, de manera conjunta, ejercer la tutela colectiva de los intereses de los trabajadores y coadyuvar (junto a la heteronomía estatal) al cumplimiento de la función compensadora o de igualación del desequilibrio

¹³ En el mismo sentido Morales, Mariela & Lobato, Julieta (2022). Un paso al frente: la huelga como derecho humano en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Max Planck Institute, p. 13. En expresa referencia al derecho de huelga, estas autoras señalan que: "Sin la huelga, la libertad sindical implicaría únicamente el derecho de asociarse. Ello vacía de contenido la libertad sindical, en tanto: i) desconoce el poder de confrontación que garantiza negociar colectivamente, ii) sitúa a la libertad sindical en un plano meramente individual, echando por tierra la potencia colectiva de este *derecho para tener derechos*".

contractual existente en el plano individual, que se le reconoce al Derecho del Trabajo¹⁴.

Esta indesligable relación, para el caso concreto del derecho de negociación colectiva, ha sido desatacada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-27/21. En concreto, la Corte IDH precisa que “el derecho a la negociación colectiva es un componente esencial de la libertad sindical, en tanto comprende los medios necesarios para que los trabajadores y trabajadoras se encuentren en condiciones de defender y promover sus intereses”¹⁵. De esta manera, la Corte resalta el carácter instrumental del derecho a la negociación colectiva, al constituir una de las herramientas –junto con el derecho de huelga– con la que cuentan los sindicatos para el cumplimiento de sus fines, y que se traduce, fundamentalmente, en el derecho que tienen de negociar y acordar con la contraparte empresarial la mejora de las remuneraciones y condiciones de trabajo de sus representados.

Esta es también una postura que tiene asumida desde hace mucho tiempo el Comité de Libertad Sindical de la OIT –y que ha sido recogida por la Corte–, que al respecto ha señalado lo siguiente:

El derecho de negociar libremente con los empleadores las condiciones de trabajo, constituye un elemento esencial de la libertad sindical, y los sindicatos deberían tener el derecho, mediante negociaciones colectivas o por otros medios lícitos, de tratar de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representan, mientras que las autoridades públicas deben abstenerse de intervenir de forma que este derecho sea coartado o su legítimo ejercicio impedido. Tal intervención violaría el principio de que las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberían tener el derecho de organizar sus actividades y formular su programa.¹⁶

Y también ha señalado el citado órgano de control de la OIT, que:

En los trabajos preliminares para la adopción del Convenio núm. 87 se indica claramente que «uno de los principales fines de la garantía de la libertad sindical

¹⁴ Cfr. Ermida Uriarte, Oscar (2012). Crítica de la libertad sindical, Derecho PUCP, núm. 68, p. 35.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). Opinión Consultiva OC-27/21, fundamento 91.

¹⁶ Organización Internacional del Trabajo (2018). Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical (sexta edición), párrafo 1232.

es permitir a los empleadores y asalariados unirse en organizaciones independientes de los poderes públicos, con capacidad para determinar, por medio de convenios colectivos llevados a cabo libremente, los salarios y otras condiciones de empleo».¹⁷

Es a partir de esta consideración que la Declaración de la OIT, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 (enmendada el 2022), recoge como el primero de esos principios-derechos fundamentales, *a la libertad de asociación y la libertad sindical, y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva*, poniendo en evidencia, una vez más, la interdependencia entre los derechos laborales colectivos, en particular, los de libertad sindical y negociación colectiva; lo que nos permite afirmar que la vulneración del derecho de negociación colectiva supone la consecuente transgresión del derecho de libertad sindical.

Enfocándonos ahora en el derecho de negociación propiamente dicho, es menester señalar que, además del reconocimiento que tiene este derecho en la normativa y en los términos anteriormente señalados, está también reconocido de manera expresa en la Declaración de Filadelfia de 1944, los Convenios 98 y 154 de la OIT y la Recomendación 91 de la OIT.

Así, el literal e) del punto III de la Declaración de Filadelfia de 1944, que integra la Constitución de la OIT, establece la obligación de fomentar el derecho de negociación colectiva, de la siguiente manera:

La Conferencia reconoce la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan:

[...]

(e) lograr el reconocimiento efectivo del **derecho de negociación colectiva**, la cooperación de empleadores y de trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas; (el énfasis es nuestro)

Al respecto, es importante mencionar nuevamente la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, la

¹⁷ *Ibíd.*, párrafo 1233.

misma que, en consonancia con lo anterior, dispone que todos los Miembros de la OIT, *“aun cuando no hayan ratificado” los denominados convenios fundamentales*, “tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios”, entre ellos, “la libertad de asociación y la libertad sindical y el **reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva**”. (el énfasis es nuestro)

De esta manera, se resalta que los Estados Miembros de la OIT tienen el compromiso de respetar y promover los principios-derechos fundamentales, entre los que destaca el derecho de negociación colectiva, incluso si no han ratificado los correspondientes convenios internacionales del trabajo sobre la materia, calificados como fundamentales por la OIT, y que en este caso serían los convenios 87 y 98¹⁸.

En ese orden de ideas, es imprescindible citar el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT, Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. Este señala que:

Artículo 4

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.

¹⁸ Hay que señalar otras dos Declaraciones de la OIT que se articulan con la de 1998 y refuerzan la importancia del derecho a la negociación colectiva. La primera de ellas, es la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008 (enmendada el 2022), que puntualiza que, en un mundo globalizado de permanentes cambios, “el empleo pleno y productivo y el trabajo decente como elemento central de las políticas económicas y sociales” de los Estados Miembros, “deberían basarse en los cuatro objetivos estratégicos de la OIT de igual importancia”, siendo uno de ellos, precisamente, el respeto, promoción y aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo [punto I.A.iv)]. La segunda es la Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo, de 2019, en la que la Conferencia Internacional del Trabajo reconoce a la negociación colectiva como un “derecho habilitante” para la promoción de los derechos de los trabajadores de cara a “alcanzar un crecimiento inclusivo y sostenible” [punto II.A.vi)]; y, en particular, como “fundamento esencial” de todas las actividades de la OIT y como base de relaciones laborales cooperativas en los lugares de trabajo [puntos II.B y II.C, respectivamente].

Como se aprecia, no estamos ante un simple reconocimiento del derecho de negociación colectiva. De un lado, la citada norma establece la obligación de los Estados de “estimular” y “fomentar” la negociación entre los sujetos colectivos como cauce de regulación de los intereses que son propios de dichos sujetos; y, de otro, contiene una referencia expresa a los contratos o convenios colectivos de trabajo producto de la negociación, como expresión de los acuerdos alcanzados por las partes.

Por su lado, el artículo 2 del Convenio 154 de la OIT, Convenio sobre la Negociación Colectiva, dispone:

Artículo 2

A los efectos del presente Convenio, la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

- (a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o
- (b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o
- (c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

La norma en cuestión, acorde con la lógica de estímulo y fomento del derecho de negociación colectiva a la que nos hemos referido antes, apuesta por un contenido amplio de los temas susceptibles de ser abordados y acordados por las partes en un proceso de negociación colectiva. De esta manera, el ámbito objetivo de una negociación colectiva no se circunscribe al establecimiento de las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores, que sin duda tienen un papel preponderante en cualquier negociación, sino que abarca la regulación genérica de los intereses comunes y contrapuestos de empleadores y trabajadores, o de las organizaciones representativas de estos.

De lo dicho hasta aquí, es pertinente resaltar que la referencia normativa a la que hemos aludido, permite a la Corte IDH construir un derecho humano a la negociación colectiva de impronta regional, a partir de la simbiosis que realiza de la regulación que tiene este derecho tanto en el SIDH como en la normativa

internacional del trabajo y, en este último caso, además, en base a la interpretación llevada a cabo por los órganos de supervisión de la OIT, y que la Corte hace suya. En tal sentido, la Corte precisa que el alcance de los derechos colectivos laborales protegidos por el artículo 26 de la Convención, entre ellos el de negociación colectiva, “deberán ser determinados a la luz del corpus iuris internacional”, adquiriendo una “especial consideración, como fuentes de derecho internacional adicionales, los convenios y recomendaciones, y otros instrumentos relevantes, así como opiniones y recomendaciones del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, ambos de la OIT, a fin de efectuar una interpretación armónica de las obligaciones internacionales en los términos de las convenciones citadas”.¹⁹

Sobre el particular, la Corte IDH ha señalado que, conforme a lo establecido por los Convenios 98 y 154 de la OIT, “los Estados deben abstenerse de realizar conductas que limiten a los sindicatos ejercer el derecho de negociar para tratar de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representen, lo que implica que las autoridades se abstengan de intervenir en los procesos de negociación”²⁰. Esta postura la comparte el Comité de Libertad Sindical cuando señala que la intervención del Estado para limitar la negociación colectiva viola el derecho de las organizaciones de organizar sus actividades y de formular su programa de acción.²¹ Ahora bien, la tutela del derecho a la negociación colectiva no se agota en una actitud abstencionista por parte del Estado, sino que va más allá, porque, como recuerda la Corte -una vez más en consonancia con el Comité de Libertad Sindical-, es necesario, al mismo tiempo, que el Estado adopte las medidas de estímulo y fomento que resulten necesarias para viabilizar el derecho en cuestión.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). Opinión Consultiva OC-27/21, supra, fundamento 52.

²⁰ *Ibíd.*, fundamento 91.

²¹ Organización Internacional del Trabajo. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, Sexta Edición, 2018, párr. 1431. *Cfr.* Comité de Libertad Sindical, 342º informe, Caso núm. 2447, párrafo 751; 344º informe, Caso núm. 2502, párrafo 1020; y 365º informe, Caso núm. 2820, párrafo 995.

De modo que, podría concluirse, la Corte plantea a los Estados unos deberes de *abstención e intervención* -sobre lo que volveremos más adelante- que no resultan contradictorios, y que más bien se complementan, porque reflejan de manera global el comportamiento que se exige a los Estados alrededor del derecho de negociación colectiva: de un lado, entender que la negociación colectiva es el espacio por excelencia para la regulación de los derechos y obligaciones de trabajadores y empresarios, y que el Estado está llamado a respetar y no obstaculizar; y, de otro, que se requiere la intervención estatal de cara a establecer las providencias que posibiliten o garanticen la plena vigencia del derecho de negociación colectiva.

Además, y en tanto parte esencial de la libertad sindical, la Corte otorga al derecho de negociación colectiva un contenido mínimo –susceptible de ser ampliado por futuras opiniones consultivas o sentencias de la Corte-, que comprende, al menos: i) el principio de no discriminación de trabajadores y trabajadoras en el ejercicio de la libertad sindical, ii) la no injerencia sindical –directa o indirecta- de los empleadores, y iii) el estímulo progresivo de los procesos de negociación voluntaria de las partes que permitan mejorar las condiciones del empleo de los trabajadores y las trabajadoras, mediante convenios colectivos²².

Si bien la Corte no desarrolla estas ideas, lo señalado por ella permite colegir que la garantía del derecho tutelado no se agota en el fomento o estímulo de la negociación colectiva. El hecho que se comprenda en el contenido necesario del derecho a la negociación colectiva al principio de no discriminación significa, desde nuestro punto de vista, que la Corte entiende que los convenios colectivos de trabajo son un instrumento de homogenización de las remuneraciones y condiciones de trabajo de los trabajadores y las trabajadoras dentro del ámbito de aplicación de los mismos, y las diferencias que se pudieran establecer por esta vía deberían responder a criterios objetivos. Y en tanto instrumento de igualación, deben servir también para erradicar o revertir las inequidades o tratos discriminatorios que puedan sufrir los trabajadores y, en

²² Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). Opinión Consultiva OC-27/21, *supra*, fundamento 94.

particular, las trabajadoras, por ejemplo, en materia remunerativa (igualdad salarial por trabajo de igual valor) o en la categorización y acceso de estas últimas a determinados puestos de trabajo tradicionalmente reservados para los varones. Para ello, se requiere garantizar también la autonomía interna de los sindicatos y sancionar los intentos de injerencia de los empleadores en el libre funcionamiento de los sindicatos y su toma de decisiones, porque ello puede incidir en su programa de acción y el desarrollo y contenido de la negociación colectiva y los acuerdos colectivos a los que finalmente se arriben.

Precisamente, respecto a los convenios colectivos de trabajo, cabe referirse a la Recomendación 91 de la OIT, Recomendación sobre los contratos colectivos que, en el apartado III, señala lo siguiente:

III. Efectos de los Contratos Colectivos

(1) **Todo contrato colectivo debería obligar a sus firmantes, así como a las personas en cuyo nombre se celebre el contrato.** Los empleadores y los trabajadores obligados por un contrato colectivo no deberían poder estipular en los contratos de trabajo disposiciones contrarias a las del contrato colectivo. (el énfasis es nuestro)

Esta norma es importante porque contiene una referencia específica al contrato o convenio colectivo de trabajo, como resultado de la negociación colectiva, atribuyéndole carácter obligatorio o vinculante para las partes que lo suscribieron y a quienes estas representan, pero reconociendo también la preponderancia de la autonomía colectiva sobre la autonomía individual, o lo que es lo mismo, el carácter inderogable del convenio colectivo respecto del contrato individual de trabajo; de modo tal que no es posible que este contenga estipulaciones contrarias a las establecidas por aquél.

El hecho que una recomendación internacional del trabajo no tenga, en estricto, carácter vinculante, no desmerece lo dispuesto en esta clase de instrumento, pues su carácter orientativo para los Estados es relevante, con mayor razón cuando es tomada en cuenta por estos. Esto ha ocurrido, precisamente, en materia de negociación colectiva en el caso peruano, al que puede verse, al menos formalmente, como un ejemplo de reconocimiento del derecho a la negociación colectiva y de la obligatoriedad de los acuerdos colectivos de trabajo, en términos similares a lo que ocurre en el SIDH y en la

normativa internacional del trabajo, acogiendo también lo dispuesto en la Recomendación 91 de la OIT, como una forma de afianzar y garantizar el derecho de negociación colectiva y el cumplimiento de los convenios colectivos

Así, la Constitución vigente de 1993, consagra el derecho de negociación colectiva junto a los otros derechos laborales colectivos en el 28, de la siguiente manera:

Artículo 28

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

1. Garantiza la libertad sindical.

2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones. (el énfasis es nuestro).

Por su parte, la ley de relaciones colectivas del trabajo (en adelante, “la LRCT”), aprobada por decreto ley 25593, de junio de 1992, precisa en su artículo 42 que el convenio colectivo de trabajo tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron, obligando a estas y a las personas en cuyo nombre se celebró, así como a los que resulte aplicable, como sería el caso de los trabajadores que se incorporen con posterioridad a las empresas, en ambos casos, comprendidos dentro del ámbito de aplicación del convenio, exceptuándose a quienes ocupan cargos de dirección o de confianza. De las citadas normas se aprecia con claridad el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de fomentar la negociación colectiva y el carácter obligatorio de los acuerdos colectivos²³.

3. Caracterización del derecho de negociación colectiva

A partir del reconocimiento normativo que hemos presentado tanto del derecho de negociación colectiva, como de los contratos o convenios colectivos

²³ La Constitución anterior de 1979, también reconocía en clave garantista el derecho de negociación colectiva, así como la obligatoriedad de los convenios colectivos de trabajo, reflejada en la expresión “fuerza de ley” para las partes que atribuía a los mismos (art. 54).

de trabajo, podemos caracterizar al derecho en cuestión de la siguiente manera: i) es un derecho reconocido a los trabajadores; ii) existe una obligación del Estado de garantizar, fomentar o estimular la negociación colectiva; iii) La obligación de garantizar la negociación colectiva supone también el establecimiento de garantías que permitan el cumplimiento de lo acordado por las partes, que tiene carácter obligatorio; iv) los límites a los que puedan estar sujetos la negociación colectiva y los convenios colectivos resultantes de esta, deben responder a criterios de razonabilidad y excepcionalidad.

A continuación, desarrollamos cada una de estas características.

3.1. Derecho de los trabajadores y la correlativa obligación de negociar del empleador

Como se desprende de lo establecido expresamente en el literal c) del artículo 45 de la Carta de la OEA, la negociación colectiva es un derecho que se le reconoce a los trabajadores, pero que claramente tiene un carácter relacional pues requiere de la contraparte empresarial para llevarse a cabo. En ese sentido, en tanto derecho consagrado a favor de los trabajadores, el empleador (o, dado el caso, la organización de empleadores) está obligado a negociar en el ámbito o unidad de negociación que le proponga la organización sindical que sea representativa en dicho ámbito. Por tal razón, las legislaciones nacionales, y así ocurre en el caso peruano, suelen consagrar la obligación empresarial de negociar. Adicionalmente, una vez iniciada la negociación colectiva, se impone a las partes el deber de negociar de buena fe, lo que supone el esfuerzo sincero que deben hacer estas de intentar de llegar a un acuerdo, a pesar de que eso pueda no llegar a ocurrir, por lo que se impone a las partes es la obligación de negociar, y de hacerlo de buena fe, pero no la obligación de convenir.

Esta obligación se expresa en el Perú en diversas disposiciones legales. De un lado, en el artículo 41 de la LRCT, que establece la obligación de negociar a las empresas que hubieren cumplido por lo menos un año de funcionamiento; en tal caso, agrega el artículo 54 de la misma norma, es “obligatoria la recepción del pliego, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable”,

estando las partes “obligadas a negociar de buena fe²⁴ y a abstenerse de toda acción que pueda resultar lesiva a la contraria, sin menoscabo del derecho de huelga legítimamente ejercitado”. Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el derecho de negociación colectiva se vulnera cuando el empleador “se niega a recibir a los representantes de los trabajadores o a negociar con ellos en los plazos y condiciones que establece la ley”²⁵.

En consecuencia, así concebida la negociación colectiva, esta no tiene el carácter de “libertad”, sino que nos enfrenta a un “derecho” en sentido estricto, a un “derecho en todo el sentido de la palabra”, con la correlativa obligación de la contraparte de negociar²⁶.

3.2. Alance del mandato a los poderes públicos de garantizar, fomentar o estimular la negociación

Habíamos señalado supra, que la garantía, fomento o estímulo del derecho de negociación colectiva por la que se opta como forma de reconocimiento de este derecho, plantea a los Estados unos deberes de abstención e intervención de cara a materializar la plena vigencia del derecho de negociación colectiva. Esto no sugiere un análisis en diversos frentes, aunque todos ellos relacionados.

En primer lugar, supone para los poderes públicos, una actitud de auxilio o impulso de la negociación colectiva, imponiéndoles, al mismo tiempo, la obligación de no obstaculizar la negociación y, a su vez, la de remover todos los obstáculos que impidan su realización. En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el Estado está obligado a establecer las condiciones que se requieran “para que las partes negocien libremente, estando

²⁴ Deber que exige a las partes, según el reglamento de la LRTC, “la realización de todos los esfuerzos necesarios para la consecución de los acuerdos que pongan fin a la negociación colectiva” (art. 40.A).

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 03561-2009-PA/TC.

²⁶ Boza Pró, Guillermo & Ernesto Aguinaga Meza (2013). El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva. Derecho PUCP, (71), p. 292. Como señala Blancas Bustamante, Carlos (2011), citando a Alonso Olea, “si existe el derecho a la negociación es porque existe el deber de negociar”, La cláusula de Estado social en la Constitución: análisis de los derechos fundamentales laborales, Lima: Fondo Editorial PUCP, p. 444.

incluso llamado a realizar las acciones positivas que resulten necesarias para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva²⁷, incluso, dado el caso, establecer un plus de tutela si esa es la medida requerida para viabilizar la negociación:

(...) el artículo 28.º de la Constitución debe interpretarse en el sentido de que, si bien esta labor de fomento y promoción de la negociación colectiva, implica, entre otras acciones, que el Estado promueva las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente, ante situaciones de diferenciación admisible, **el Estado debe realizar determinadas acciones positivas para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva**, pudiendo otorgar determinado "plus de tutela" cuando ésta sea la única vía para hacer posible la negociación colectiva²⁸. (el énfasis es añadido)

En segundo término, el fomento de la negociación colectiva plantea una clara preferencia por la autonomía colectiva como fuente de regulación o reglamentación de las relaciones entre los trabajadores y sus empleadores, plasmada en los convenios a los que arriben las partes. Al respecto, debemos señalar que el convenio colectivo de trabajo es el fruto del acuerdo de voluntades de los sujetos colectivos como expresión de la autonomía colectiva que les es inherente, destinado a regular sus intereses comunes y contrapuestos, entendiéndose entonces a la negociación colectiva, como el cauce por excelencia para la reglamentación de dichos intereses. Esto significa, como lo hemos señalado en otra oportunidad, reconocerle a los sujetos colectivos laborales capacidad normativa, es decir, la facultad de producir normas jurídicas "como un poder concurrente al del Estado para la regulación de las relaciones laborales"; pero supone también el reconocimiento, al más alto nivel normativo - tanto en sede internacional como constitucional-, del pluralismo jurídico, así como el abandono de la teoría estatalista o monista de producción normativa, que concibe a la heteronomía estatal como la única fuente de regulación de derechos²⁹. Como señala Bobbio, hay que reconocerle a la teoría institucionalista "el mérito de haber ampliado el horizonte de la experiencia jurídica más allá de

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 0261-2003-AA/TC.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Boza, Guillermo (2011). *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Lima: Fondo Editorial PUCP, p. 116.

las fronteras del Estado”, rompiendo con la idea –defendida por la teoría estatalista-, de que solo es derecho el producido en el ámbito del Estado³⁰. Precisamente, una clara expresión de esto es el papel transformador de la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores y las trabajadoras, y del papel que en ella cumple el sindicato, que se convierte así, como recordaba Ermida, “en colegislador o creador de Derecho”³¹.

Ahora bien, lo anterior plantea una particular relación entre la ley y el convenio colectivo de trabajo. Esto no significa que el Estado deba abdicar de su poder normativo en el ámbito de las relaciones laborales, o que el convenio colectivo no quede sujeto a la legalidad vigente. No supone tampoco un reparto o distribución de competencias normativas, donde la heteronomía estatal (ley) regularía determinadas materias y la autonomía colectiva (convenio colectivo) otras diferentes. No obstante, aun subordinado a la ley, el convenio colectivo debe gozar de un amplio margen de actuación, de modo tal que no quede vacío de contenido el mandato de fomento o estímulo de la negociación colectiva; y, de igual forma, tampoco se opaque el rol preponderante que debe tener la autonomía colectiva en la regulación de los intereses que son propios de trabajadores y empresarios. Por lo tanto, una adecuada convivencia entre ambas fuentes de regulación de derechos laborales supone una tarea de autocontención de la heteronomía estatal, y de paralela apertura de espacios normativos para la autonomía colectiva.

Como señala la jurisprudencia peruana, tanto constitucional como ordinaria, a partir de la facultad de autorregulación reconocida a trabajadores y empleadores, son estos, “por sí mismos”, los llamados a “reglamentar y administrar sus intereses en conflicto”³², teniendo las partes de la relación

³⁰ Bobbio, Norberto (2013). *Teoría General del Derecho* (cuarta edición), Bogotá: Temis, pp. 8-9.

³¹ Ermida (2012), p. 37. Agrega citado autor, que es el sindicato, “al imponer la negociación colectiva como instrumento de establecimiento de nuevas condiciones de trabajo, el que quebró el axioma decimonónico de que solo el Estado creaba Derecho”, lo que, “supuso una verdadera revolución jurídica protagonizada por el derecho laboral a través del sindicato y la autonomía colectiva.” (Ibid., p. 37).

³² Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente.008-2005-PI/TC.

negocial, un amplio margen de discrecionalidad para regular las relaciones de trabajo y establecer el alcance de los convenios colectivos³³.

Siguiendo ese orden de ideas, las limitaciones a la negociación colectiva y al contenido de los convenios colectivos deberían justificarse y acreditarse debidamente —por ejemplo, en situaciones de necesidad pública o de crisis económica—, ajustándose a lo estrictamente necesario, tener carácter excepcional y temporal y, en la medida de lo posible, ser negociadas con los propios actores sociales, conforme a la consolidada doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT³⁴.

3.3. Garantizar también el cumplimiento del producto negocial. La obligatoriedad o fuerza vinculante del convenio colectivo de trabajo

La obligación de garantizar el derecho a la negociación colectiva estaría incompleta si no comprendiera también la de garantizar el cumplimiento de los acordado por las partes. Carece de sentido una negociación colectiva en la que acuerdos o convenios colectivos producto de ella no vinculen a los sujetos colectivos que los suscribieron y a quienes estos representan. De ser así, se estaría vaciando de contenido un derecho que tiene como finalidad, precisamente, que la negociación colectiva sea el espacio en el que los trabajadores, a través de sus representantes, fijan con la contraparte empresarial sus remuneraciones y condiciones de trabajo.

En principio, el carácter obligatorio del convenio colectivo de trabajo reside en la naturaleza convencional de esta fuente de regulación de derechos laborales. Al fin y al cabo, el convenio colectivo es un producto de la negociación y del acuerdo de voluntades de los sujetos colectivos, y conforme al principio *pacta sunt servanda*, el contrato (en este caso colectivo) tiene “fuerza de ley” para las partes, “se celebra para cumplirse” y, en consecuencia, los sujetos que lo suscribieron están obligados a ejecutarlo en los términos que ellos mismos han establecido. Tiene sentido, por eso, que el artículo III de la Recomendación

³³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Casación laboral 1381-2005-Cono Norte-Lima.

³⁴ Organización Internacional del Trabajo (2018), párrafo 1456 y párrafo 1461.

91 de la OIT, establezca los contratos o convenios colectivos de trabajo “debería[n] obligar a sus firmantes, así como a las personas en cuyo nombre se celebre[n]”.

En el Perú, como se vio, la obligatoriedad de los convenios colectivos está establecida expresamente y es consecuencia de la fuerza vinculante que se le atribuye a estos. Fue la LRCT la que introdujo en el ordenamiento peruano la expresión “fuerza vinculante” de los convenios colectivos, que luego recogió la norma constitucional; y que, a su vez, fue acuñada por el ordenamiento español³⁵.

Aunque se ha dado un extenso debate sobre el alcance o significado del referido término, somos de la opinión que la expresión fuerza vinculante alude – además de su obligatoriedad- a la eficacia jurídica, preponderantemente normativa, que ostenta el convenio colectivo, es decir, como señaló oportunamente un sector de la doctrina española, reconocer al convenio colectivo como “una norma creadora de derecho objetivo para los trabajadores y empresarios individuales, al igual que sucede con las normas legales o reglamentarias”³⁶. El atributo normativo del convenio colectivo se desprende con claridad de lo establecido en el artículo III de la Recomendación 91 de la OIT, cuando señala que “no deberían poder estipular[se] en los contratos de trabajo disposiciones contrarias a las del contrato colectivo” y que, de ocurrir esto, tales disposiciones “deberían ser consideradas como nulas y sustituirse de oficio por las disposiciones correspondientes del contrato colectivo”. La legislación peruana se pronuncia en un sentido similar, estableciendo de manera enfática en el artículo 43 de la LRCT, que el convenio colectivo “modifica de pleno derecho los aspectos de la relación de trabajo sobre los que incide”, y que los contratos individuales de trabajo quedan automáticamente adaptados al convenio, no pudiendo “contener disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador”. Es fácil advertir que las normas citadas recogen, respecto de los

³⁵ Concretamente, el artículo 37.1 de la Constitución española señala: “La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la **fuerza vinculante** de los convenios”. (énfasis nuestro).

³⁶ Sala, Tomás & Albiol, Ignacio (1989). Derecho Sindical, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 363.

convenios colectivos de trabajo, los principios de automaticidad, imperatividad e inderogabilidad, propios de las normas jurídicas.

Lo anterior no significa desconocer la particular naturaleza dual o híbrida –normativa y contractual- de esta especial fuente de derecho, y tampoco la obligatoriedad de las distintas cláusulas –normativas y obligacionales- acordadas en el convenio por los sujetos negociadores, porque desde nuestro punto de vista, la fuerza vinculante del convenio colectivo ha de entenderse, al menos, como la capacidad que tiene dicho instrumento colectivo de “generar deberes jurídicamente exigibles”³⁷, y esto es algo que se puede predicar de las distintas partes o cláusulas que conforman el convenio.

De otro lado, para el Comité de Libertad Sindical de la OIT, la obligatoriedad del convenio colectivo es una consecuencia del principio de negociación de buena fe, que alcanza a las fuentes de regulación de derechos de origen convencional (tratados, contratos). Y es que, en palabras del órgano de supervisión del cumplimiento de la normativa internacional del trabajo en materia de derechos sindicales, la negociación colectiva:

(...) implica un proceso de concesiones mutuas y **una certeza razonable de que se mantendrán los compromisos negociados**, al menos mientras dure el convenio, ya que éste es resultado de compromisos contraídos por ambas partes sobre ciertas cuestiones, y de la renuncia a determinadas exigencias de negociación con el fin de obtener otros derechos considerados como más prioritarios por los sindicatos y sus miembros. Si estos derechos, a cambio de los cuales se han hecho concesiones en otros puntos, pueden cancelarse unilateralmente, no podría haber ninguna expectativa razonable de estabilidad en las relaciones laborales, ni confianza suficiente en los acuerdos negociados³⁸. (el énfasis es nuestro).

En la misma línea, se ha señalado que:

El respeto mutuo de los compromisos asumidos en los acuerdos colectivos es un elemento importante del derecho de negociación colectiva y debería ser

³⁷ Gorelli, Juan (1999). Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral, Madrid: Cívitas, p. 40.

³⁸ Organización Internacional del Trabajo (2006). Libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Quinta edición revisada. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2006. párr. 1337.

salvaguardado para establecer relaciones laborales sobre una base sólida y estable³⁹. (el énfasis y subrayado es nuestro).

Por ello, el Comité de Libertad Sindical ha subrayado que, en el marco de una negociación colectiva “los acuerdos deben ser de cumplimiento obligatorio para las partes”⁴⁰; siendo además que:

La falta de aplicación del convenio colectivo, incluso de manera temporal, supone una violación del derecho de negociación colectiva, así como del principio de negociación de buena fe⁴¹.

Finalmente, resulta conveniente traer a colación el siguiente criterio del indicado órgano de control:

1335. El Comité recuerda que la negociación colectiva significativa está basada en la premisa según la cual todas las partes representadas están sujetas a disposiciones establecidas voluntariamente, y urge al Gobierno a que vele por la aplicabilidad legal de todo convenio colectivo entre las personas representadas por las partes firmantes⁴².

A partir de lo que se acaba de señalar, puede concluirse que la obligatoriedad de lo acordado por las partes en un contrato o convenio colectivo de trabajo, es inherente o consustancial al derecho de negociación colectiva, y ese efecto o característica del convenio debería establecerse de manera expresa o entenderse en esos términos en los ordenamientos nacionales. Pero esto debe venir acompañado del establecimiento de mecanismos que garanticen su cumplimiento o exigibilidad. La naturaleza jurídica de un contrato colectivo de trabajo no es la de un pacto de caballeros o “gentlemen’s agreement”, es un acuerdo vinculante y, como tal, de obligatorio cumplimiento, y es deber del Estado garantizar que ello sea así, porque un colectivo o convenio colectivo que resulta inexigible equivale a vaciar de contenido el derecho de negociación colectiva.

La adopción de medidas de esta naturaleza es particularmente importante en aquellos lugares que presentan comportamientos reiterados de incumplimiento de la normativa laboral. En Perú, por ejemplo, parecería estar

³⁹ *Ibíd.*, párrafo 1336.

⁴⁰ *Ibíd.*, párrafo 1334.

⁴¹ *Ibíd.*, párrafo 1340.

⁴² *Ibíd.*, párrafo 1335.

consolidándose en un sector del empresariado una práctica de incumplimiento de la normativa laboral que alcanza a los convenios colectivos de trabajo y a los laudos arbitrales. Las estadísticas laborales reflejan un incremento significativo en los últimos años del número de huelgas por conflictos jurídicos (llegando casi al 50% del total), que tienen por finalidad exigir a los empleadores el cumplimiento de normas legales y convencionales, cuando lo habitual había sido que las huelgas se den fundamentalmente por conflictos de intereses económicos, en el marco de una negociación colectiva.

De otro lado, en el caso de los laudos arbitrales que ponen fin a negociaciones colectivas, ante la falta de acuerdo directo de las partes –y que, según el artículo 70 de la LRCT, tienen la misma naturaleza y surten idénticos efectos que los convenios colectivos-, estos vienen impugnándose judicialmente de manera sistemática, la mayor de las veces sin fundamento alguno, con la finalidad de no aplicarlos mientras dure el proceso respectivo. Sin embargo, sobre este punto cabe mencionar dos medidas en clave garantista establecidas en la ley 31188, del año 2022, que regula la negociación colectiva en el sector público, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de los laudos arbitrales emitidos en las negociaciones colectivas de dicho sector. De un lado, se le otorga título ejecutivo a los laudos arbitrales a fin de que su incumplimiento pueda hacerse valer en un proceso de tramitación expeditiva; y, de otro, se establece que los empleadores públicos solo podrán impugnar un laudo arbitral si acreditan previamente su cumplimiento.

En la misma línea, hay que resaltar el papel que le toca cumplir al sistema de inspección del trabajo. Al respecto, la ley general de inspección del trabajo, aprobada por la ley 28806, de julio de 2006, contempla normas que expresamente otorgan competencia a la inspección laboral para fiscalizar el cumplimiento de las normas de trabajo, incluyendo a las convencionales (arts. 3.1, 31 y, 33); y que, constando su incumplimiento, la facultan a imponer al empleador las sanciones correspondientes por la infracción cometida (arts. 38 al 42). Debe tenerse en cuenta que los principales usuarios del sistema de fiscalización laboral son los sindicatos, y lo hacen, además, en cumplimiento de las funciones que le reconoce el artículo 8 de la LRCT de representar a los

trabajadores de su respectivo ámbito, en controversias o reclamaciones de carácter colectivo (inc. a); así como de exigir el cumplimiento de los convenios colectivos de trabajo, y de ejercer los derechos y las acciones que de tales acuerdos se deriven (inc. b). De esta manera, los propios sindicatos coadyuvan en la labor de control del cumplimiento de la normativa convencional.

Finalmente, conviene precisar que la necesidad de asegurar el cumplimiento de los convenios colectivos, radica también en que los colectivos de trabajo reglamentan, no únicamente pero sí primordialmente, intereses de naturaleza económica de los trabajadores. Las materias por excelencia que se regulan en un convenio colectivo son remuneraciones y otros aspectos de carácter remunerativo. Y la remuneración tiene un alto componente alimentario que, en el caso peruano, ha sido puesto de relieve por el Tribunal Constitucional, “al tener una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio-derecho a la igualdad y a la dignidad, y que al mismo tiempo adquiere diversas consecuencias o efectos para el desarrollo integral de la persona humana”⁴³. De ahí la exigencia de que los Estados garanticen, cuando corresponda, el cumplimiento real y pronto de los convenios colectivos.

4. La posible afectación del derecho a la tutela judicial efectiva por el incumplimiento de convenios colectivos de trabajo

Como se ha señalado en el acápite anterior, la obligatoriedad de los convenios colectivos de trabajo y la garantía de su cumplimiento son parte del contenido del derecho de negociación colectiva. Esto significa, como también se señaló, que el Estado debe establecer mecanismos idóneos o suficientes que permitan a los trabajadores o a cualquier sujeto legitimado incoar las acciones correspondientes, cuando sea el caso, para exigir el cumplimiento de un convenio colectivo. Cabe preguntarse, entonces, qué sucede cuando esos mecanismos no existen o no son los adecuados, o de existir, y se transitan por ellos, se dilata excesivamente el cumplimiento del convenio colectivo. Desde nuestro punto de vista, cuando esto ocurra, no solo se estaría vulnerando el

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente 4922-2007-PA/TC.

derecho de negociación colectiva y la libertad sindical en su dimensión colectiva, sino que también supondría una contravención al derecho a la tutela judicial efectiva. Sobre esto último nos enfocaremos en el presente acápite.

Al respecto, el artículo V de la Recomendación 91 de la OIT, señala que:

V. Interpretación de los contratos colectivos

Las diferencias que resulten de la interpretación de un contrato colectivo deberían someterse a un procedimiento de solución adecuado, establecido por acuerdo entre las partes o por vía legislativa, según el método que sea más apropiado a las condiciones nacionales.

Independientemente de que las partes puedan establecer por la vía negocial algún mecanismo de solución de controversias que se deriven de la interpretación o aplicación de un contrato o convenio colectivo de trabajo, la disposición citada instituye un mandato a los Estados para que establezcan mecanismos adecuados de solución de las mismas. Ello se traduce, en el ámbito de los conflictos laborales, por su particular naturaleza, en la posibilidad de que los trabajadores accedan a la justicia, gratuitamente, y que los procesos judiciales (también los administrativos) garanticen una solución definitiva y de manera célere.

Y es aquí pertinente acudir al artículo 25.1 de la Convención Americana, que señala lo siguiente:

Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un **recurso sencillo y rápido o cualquier recurso efectivo** ante los jueces o tribunales competentes, que los ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. (el énfasis es nuestro).

La Corte IDH ha puntualizado que el artículo en cuestión, es una disposición de carácter general “que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los

Estados Partes y por la Convención”⁴⁴. Como se sabe, el amparo, es una institución de origen americano y plenamente arraigado en la región, al que la Convención le otorga un ámbito objetivo de tutela “amplio e integrador”, porque la protección que brinda no se agota en los derechos establecidos en la Convención, sino que comprende, además, a los derechos fundamentales consagrados en las constituciones y leyes de los Estados signatarios de la Convención⁴⁵, entre ellos los derechos laborales y, por cierto, el de negociación colectiva. Por eso, la Corte en reiteradas oportunidades ha destacado la importancia que tiene en el sistema de protección de los derechos humanos, la garantía establecida en el artículo 25 de la Convención, considerándola “uno de los pilares básicos, no solo de la Convención, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática”⁴⁶.

En consecuencia, y en lo que al tema que venimos analizando interesa, es obligación de los Estados contar con mecanismos judiciales de protección del derecho a la negociación colectiva y que garanticen la exigibilidad de los convenios colectivos frente a posibles incumplimientos, que reúnan las características establecidas en el artículo 25.1 de la Convención. Como se ha visto, este artículo señala que debe tratarse de un recurso “sencillo y rápido”, pero, a renglón seguido, puntualiza que puede ser cualquier recurso que sea “efectivo”. Si se lee bien, el énfasis está puesto en la efectividad de los mecanismos de tutela, y en esa dirección apuntan la sencillez (requisitos que faciliten y no dificulten o impidan el acceso del justiciable al proceso de tutela, como la gratuidad o la inexistencia de trámites o requisitos que sean engorrosos, innecesarios o difíciles de cumplir) y la rapidez (procedimiento célere, preferente y con plazos razonables), así como la exigencia de que los recursos sean adecuados o idóneos (los que correspondan al tipo de derecho vulnerado), establecidos por la jurisprudencia de la Corte⁴⁷. Estas características –que

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987). Opinión Consultiva OC-8/87, sobre el Habeas Corpus bajo suspensión de Garantías, fundamento 32.

⁴⁵ Salmón, Elizabeth & Blanco, Cristina (2021). El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuarta edición), Lima: Fondo Editorial PUCP, p. 70.

⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase por todos: Caso Iribarne vs. Chile, sentencia del 22 de noviembre de 2005, párrafo 184.

⁴⁷ Salmón & Blanco (2021), pp. 77 y 79.

comparten los recursos o procesos judiciales laborales-, son concurrentes, pues todas aportan a cumplir la finalidad de un proceso de tutela de derechos fundamentales, que no es otra que la de garantizar una verdadera protección de los derechos reconocidos en el SIDH y lograr un pronto remedio de los derechos conculcados.

En caso contrario, es decir, ante la inobservancia de la obligación antes señalada, una vez agotada la vía nacional, el sujeto afectado queda habilitado para acudir al sistema internacional de protección de los derechos humanos⁴⁸.

5. Reflexión final. El papel compensador de la autonomía colectiva y la imposibilidad de derogar *in peius* la ley laboral por convenio colectivo

Lo desarrollado en el presente artículo refleja la centralidad que tiene la negociación colectiva como derecho de los trabajadores y las trabajadoras, en la medida que es el instrumento mediante el cual pueden, a través de sus representantes, plantear reivindicaciones y acordar con sus empleadores mejores condiciones de trabajo y de vida. De esta manera, además, la negociación colectiva ayuda a cumplir la función tuitiva que se le atribuye al derecho del trabajo. La asimetría consustancial a la relación laboral, y la necesidad de compensarla a través de la negociación colectiva y los acuerdos colectivos que de ella se deriven, ha sido advertida por la Corte IDH. En efecto, en la Opinión Consultiva OC-27/21, la Corte ha resaltado que:

(...) la naturaleza protectora del derecho laboral tiene como punto de partida el desbalance de poder entre los trabajadores y las trabajadoras, y los empleadores y empleadoras, al momento de negociar sus condiciones laborales. Por esta razón, permitir que la ley laboral pueda ser derogada, de manera general, *in peius*, en virtud de un contrato colectivo, colocaría a los trabajadores y las trabajadoras en una situación mayor de desventaja frente al empleador,

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 72. Como señalan las autoras, el artículo 25 de la Convención “tiene un rol importante en la lógica del sistema interamericano. Se trata pues del remedio judicial credo para amparar los derechos contra actos violatorios y, por ende, constituye la oportunidad del Estado para evitar su responsabilidad internacional. En tanto sea este capaz de brindar un recurso adecuado y efectivo, seguido de conformidad con las garantías, del debido proceso, frente a la vulneración de un derecho, no será necesaria la intervención del sistema internacional de protección de derechos humanos”.

provocando el desmejoramiento de sus condiciones de trabajo y de vida, y vulnerando así el mínimo de protección establecido por el derecho nacional e internacional. En consecuencia, no sería jurídicamente válido que la legislación nacional autorice a las partes negociantes de un convenio colectivo de trabajo puedan renunciar a la protección de los derechos reconocida en el ámbito interno.

Hay un par de precisiones que merece la pena hacer respecto a lo señalado por la Corte. De un lado, la referencia a la autorización legal para derogar *in peius* la legislación laboral por convenio colectivo, no parece aludir a la negociación colectiva *in peius* en sentido estricto, entendida esta como la posibilidad de dejar sin efecto o de reformar a la baja los beneficios convencionales establecidos con anterioridad por los propios sujetos colectivos y que, en todo caso, tendría como límite indisponible los pisos legalmente establecidos.

De otro lado, y vinculado a lo anterior, la precisión de que dicha habilitación legal supondría una renuncia a la protección de los derechos laborales reconocidos en sede nacional, no estaría referida al principio de irrenunciabilidad de derechos, según el cual, son indisponibles para el trabajador individual los derechos que le son reconocidos en norma imperativa (provenientes de la heteronomía estatal y la autonomía colectiva).

Precisamente, sobre esto último, se debate si dicho principio alcanza también a la organización sindical, porque la relación de asimetría que caracteriza la relación individual de trabajo, y que justifica la intervención garantista del Estado, no se presenta –al menos en teoría- en el plano colectivo.

Como se ha indicado, la función compensadora del Derecho del Trabajo también se materializa a través de la negociación colectiva y la huelga, como herramientas de la acción colectiva con las que cuenta la organización sindical para procurar a sus representados mejores condiciones de trabajo y de vida. ¿Desaparece entonces la desigualdad de las partes en el plano colectivo? Este es, sin duda, un tema controvertido, y creemos que la respuesta no debería darse en abstracto sino en un contexto concreto. Dependerá del poder real de negociación y de conflicto que tengan las organizaciones sindicales en cada caso, porque no es lo mismo negociar colectivamente en el marco de un modelo

centralizado de relaciones laborales, que podría calificar como de “paridad de fuerzas”, porque los trabajadores están organizados por rama de actividad de ámbito regional o nacional, con altas tasas de afiliación y donde esas organizaciones sindicales desarrollan su actividad negocial en dicho ámbito; que negociar en países –como Perú, con tasas ínfimas de sindicalización- donde impera un modelo descentralizado de relaciones colectivas de trabajo, caracterizado por la micro sindicalización, la micro negociación colectiva y la micro conflictividad.

Tampoco hay que perder de vista, como señala Rodríguez-Piñero, que si bien la disponibilidad colectiva –por acción de la negociación colectiva y de los acuerdos que se derivan de esta- sigue siendo “un importante contrapeso al poder empresarial para la tutela del trabajo”, igual es un límite “menos intenso que la restricción que supone la norma [estatal] inderogable”⁴⁹. En cualquier caso, resulta difícil sostener que la asimetría o desigualdad de las partes en el plano colectivo desaparece, aunque no puede negarse que se produce una atenuación de la misma, o para decirlo de otra manera, hay un mayor emparejamiento entre las partes, y es esto lo que justificaría la posibilidad de permitir a la organización sindical que disponga de derechos que se le conceden en su calidad de tal por norma imperativa o inderogable. Pero ese sería, en todo caso, el espacio en el que no operaría el principio de irrenunciabilidad de derechos, respecto de aquellos derechos que se le reconocen al sujeto colectivo como tal, es decir, donde es el sindicato, y no el trabajador individual, el titular del derecho (por ejemplo, el número de horas de licencia o permiso sindical para el ejercicio de su función representativa). Y si bien en un espacio como este la autonomía colectiva podría tener mayores márgenes de actuación en la regulación de los intereses contrapuestos y comunes de los actores sociales, la viabilidad de disponer de derechos de titularidad colectiva sigue estando supeditada al tipo de equilibrio que, entre la ley y el convenio colectivo, quiera establecer un ordenamiento jurídico particular.

⁴⁹ Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, Miguel (2003). El principio de la indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual, en: Luis Enrique De la Villa y Luis López Cumbre (Directores), Los principios del Derecho del Trabajo. Madrid: Centro de Estudios Financieros. p. 121.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede obviarse que los procesos de flexibilización por los que ha transitado el Derecho del Trabajo, han supuesto en buena parte una retirada de la heteronomía estatal para que sea suplida por la autonomía colectiva. Este nuevo relacionamiento entre la norma legal y la norma convencional se ha traducido en “la existencia de normas laborales inderogables para la autonomía individual pero derogables para la autonomía colectiva”⁵⁰. De modo tal que, partiendo de la inicial sujeción de la autonomía colectiva a la heteronomía estatal, y del evidente respeto de aquella a los mínimos inderogables establecida por esta, bajo sanción de nulidad, es posible encontrar con mayor frecuencia en los ordenamientos jurídicos otras formas de interacción entre ambas formas de regulación de los derechos laborales en la perspectiva de acrecentar la libertad contractual de los sujetos colectivos y la posibilidad de apartarse de derechos legalmente indisponibles.

Pero es aquí, precisamente, donde hay que poner particular atención a lo señalado por la Corte IDH. Porque su postura, para el ámbito interamericano, es clara. Para la Corte, no es posible que el legislador autorice, al menos de manera general –pero, *contrario sensu*, parecería si estar permitido para un caso particular y de manera excepcional-, a los sujetos colectivos para que mediante convenios colectivos deroguen o modifiquen a la baja los derechos reconocidos legalmente a los trabajadores. Los sindicatos y empleadores pueden reformar *in melius* los derechos laborales establecidos por ley, pueden complementarlos o desarrollarlos, o pueden regular donde el legislador no lo ha hecho. Esta postura, en consecuencia, deja fuera de las manos de la autonomía colectiva la posibilidad de eliminar o de reducir los estándares de protección de los derechos laborales y reafirma, al mismo tiempo, la sujeción del convenio colectivo a la heteronomía estatal imperativa, porque de no ser así, se estaría generando, en términos de la propia Corte, un mayor desbalance del ya existente en la relación entre trabajadores y empleadores, y que, más bien, a través de la acción colectiva de los sindicatos debería procurarse nivelarse.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 120.

Podríamos concluir, como en su momento hizo Ermida⁵¹, respecto de la constitucionalización del Derecho del Trabajo, que la convencionalización de los derechos laborales en el ámbito interamericano, y la posición que sobre el particular viene fijando la Corte IDH, como en el caso de la Opinión Consultiva OC-27/21, suponen una alta valoración en el SIDH del Derecho del Trabajo y de los intereses y derechos por él tutelados, y limitan o dificultan a la vez las tendencias desreguladoras o flexibilizadores de tales derechos. En definitiva, los Estados tendrán que ajustar su comportamiento y, dado el caso, adecuar su legislación a los estándares de protección que viene estableciendo la Corte en materia de protección de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores y las trabajadoras en el SIDH, de cara a garantizar la plena vigencia de los mismos.

⁵¹ Cfr. Ermida, Oscar (1995). La Constitucionalización y el Derecho Laboral, en: Autores Varios, Treinta y seis estudios sobre las fuentes del Derecho Laboral, Montevideo: FCU, pp. 116-119.

Bibliografía

- BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2011). *La cláusula de Estado social en la Constitución: análisis de los derechos fundamentales laborales*, Lima: Fondo Editorial PUCP.
- BOBBIO, N. (2013). *Teoría General del Derecho*. Cuarta edición. Bogotá: Temis.
- BOZA PRÓ, G. y AGUINAGA MEZA, E. (2013). “El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva”. *Derecho PUCP*, (71).
- BOZA PRÓ, G. (2011). *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- ERMIDA URIARTE, O. (1995). “La Constitucionalización y el Derecho Laboral”, en AA.VV., *Treinta y seis estudios sobre las fuentes del Derecho Laboral*, Montevideo: FCU.
- ERMIDA URIARTE, O. (2012). “Crítica de la libertad sindical”. *Derecho PUCP*, (68).
- GORELLI, J. (1999). *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, Madrid: Cívitas.
- MORALES, M. y LOBATO, J. (2022). *Un paso al frente: la huelga como derecho humano en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Max Planck Institute.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2006). *Libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Quinta edición revisada. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018). *Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*. Sexta edición.
- PINTO, M. (2021), *Opinión Consultiva sobre los derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga*. YouTube UBA (2 de setiembre de 2021).
- RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (2003). “El principio de la indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual”, en Luis Enrique De la Villa y Luis López Cumbre (Directores),

Los principios del Derecho del Trabajo. Madrid: Centro de Estudios Financieros.

SALA, T. y ALBIOL, I. (1989). *Derecho Sindical*, Valencia: Tirant lo Blanch.

SALMÓN, E. (2019). *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

SALMÓN, E. y BLANCO, C. (2021). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Cuarta edición. Lima: Fondo Editorial PUCP.

SALVIOLI, F. (2022). *El rol de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, y el valor jurídico de sus pronunciamientos: la edad de la razón*. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.

VILLAVICENCIO RÍOS, A. (2007). *La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: sindicación, negociación colectiva y huelga*. Montevideo: FCU.

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO Y LA
CIUDADANIA LABORAL DE LOS TRABAJADORES
MIGRANTES. EN BUSQUEDA DE LA IGUALDAD Y EL
RESPECTO A LA LIBERTAD SINDICAL**

**THE FUNDAMENTAL WORK RIGHTS AND WORKING
CITIZENSHIP OF MIGRANT WORKERS. IN SEARCH OF
EQUALITY AND RESPECT FOR FREEDOM OF ASSOCIATION**

Mariela Inés LAGHEZZA

Abogada con orientación en Derecho del Trabajo y Docente, Universidad de Buenos Aires (Argentina). Especialista en Migración y Asilo. Diplomada en Relaciones del Trabajo y Sindicalismo.

mariela_laghezza@yahoo.com.ar

Fecha de envío: 04/09/2023

Fecha de aceptación: 15/09/2023

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO Y LA CIUDADANIA LABORAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES. EN BUSQUEDA DE LA IGUALDAD Y EL RESPETO A LA LIBERTAD SINDICAL

Mariela Inés LAGHEZZA

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Resumen: El derecho a la libertad sindical en algunas legislaciones se encuentra restringido a los trabajadores migrantes, por su condición extranjero. Los derechos fundamentales del trabajo son una herramienta que permite lograr la igualdad de derechos en igualdad de condiciones, y pone en discusión la relación que existe entre el matrimonio ciudadanía/nacionalidad. Aquí se abordará además la importancia de los acuerdos multilaterales, para evitar el dumping social. Finalmente, se analizarán desde cuatro ópticas (sindicatos, empleadores, estado y justicia), diversas propuestas y planes de acción, para lograr la incorporación de los trabajadores migrantes a la sociedad de destino.

Palabras clave: Libertad sindical - Migraciones - Nacionalidad - Derechos fundamentales

Sumario: 1. Introducción. 2. La importancia de los derechos fundamentales del trabajo. 3. Propuestas. 4. Dialogo social y migración laboral. 5. Colofón.

Abstract: The right to freedom of association in some legislation is restricted to migrant workers due to their foreign status. Fundamental labor rights are a tool that allows achieving equal rights under equal conditions, and brings into discussion the relationship that exists between the citizenship/nationality marriage. Here the importance of multilateral agreements will also be addressed to avoid social dumping. Finally, various proposals and action plans will be

analyzed from four perspectives (unions, employers, state and justice) to achieve the incorporation of migrant workers into the destination society.

Keywords: Freedom of association - Migrations - Nationality - Fundamental rights

Summary: 1. Introduction. 2. The importance of fundamental labor rights. 3. Proposals. 4. Social dialogue and labor migration. 5. Colophon.

1. Introducción

La aceleración de la globalización económica ha generado más trabajadores migrantes, que lo ocurrido en cualquier otro tiempo. El desempleo y la creciente pobreza han determinado que muchos trabajadores de los países en desarrollo busquen trabajo en el extranjero. Los países desarrollados han aumentado su demanda de trabajadores, especialmente de trabajadores no calificados. Como consecuencia de ello, son millones los trabajadores y sus familias que viajan a otros países para encontrar trabajo.

A partir de 2020, el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas estima que aproximadamente 281 millones de hombres y mujeres son migrantes internacionales en todo el mundo, de los cuales, el 73 % tienen entre 20 y 64 años de edad.

La pandemia, provocó un impacto en los flujos migratorios, dado a que redujo la cantidad de migrantes internacionales en alrededor de 2 millones a nivel mundial para mediados de 2020, lo que equivale a una disminución de aproximadamente el 27 % en el crecimiento esperado a partir de julio de 2019.

La OIT estima que 169 millones de hombres y mujeres migran por trabajo. Esta cifra supone un incremento de 5 millones de migrantes trabajadores en comparación con las estimaciones de 2017, y un aumento porcentual aún mayor con respecto a las estimaciones de 2013, donde existan 150 millones de trabajadores migrantes internacionales. Entre los trabajadores migrantes internacionales, 99 millones son hombres (58,5 %) y 70 millones son mujeres (41,5 %).

La migración laboral es un fenómeno dinámico que afecta a todas las regiones del mundo, el 67,4 % se concentran en países de altos ingresos y países de ingresos medianos altos el 19,5 %. El resto se encuentra en países de ingresos medios-bajos (9,5%) y países de bajos ingresos (3,6 %).

Con respecto a la distribución regional, los trabajadores migrantes internacionales se pueden encontrar de la siguiente manera: Europa y Asia Central (37,7 %); las Américas (25,6 %); los Estados Árabes (14,3%); Asia y el Pacífico (14,2 %); y África (8,1 %). Curiosamente, los Estados Árabes son la

región con el mayor porcentaje de trabajadores migrantes en proporción de los trabajadores nacionales (41,4 %).

A nivel mundial, la mayoría de los trabajadores migrantes se concentran en el sector de los servicios (66,2 %); mientras que el 26,7% están en la industria y el 7,1% en la agricultura. Dentro de estos sectores hay importantes diferencias de género, con casi el 80 % de las trabajadoras migrantes que prestan sus tareas en el sector de los servicios, el 14,2 % en la industria y el 5,9% en la agricultura. Por el contrario, la distribución de varones migrantes entre el sector de servicios e industria está más equilibrado, con un 56,4 % de hombres trabajando en servicios y un 35,6 % por ciento en la industria. Esta mayor representación de las trabajadoras migrantes en el sector de los servicios puede deberse, al menos en parte, a la creciente demanda de mano de obra en la economía del cuidado, incluida la salud y el hogar trabajar.

En este escenario, es muy importante destacar la importancia de la desmercantilización de los derechos políticos sociales-sindicales, dado que dicho binomio constituye el piso mínimo de todas las personas que viven en comunidad. Su impronta más allá de los mercados, se refiere a la posición que ocupa el ser humano independientemente su rol en la economía, con un claro fin garantizador igualitario de derechos sin importar su nacionalidad, con el fin de evitar su exclusión en la sociedad. Posicionar a la persona contextualizada en su rol laboral desde la universalidad y la inherencia de los derechos humanos, y no desde el mercado, desnaturaliza su condición de mercancía, considerándola participe de comunidad política.

Ello es así debido a que la construcción del ámbito de representación se presenta como un proyecto en la era global, para construir un nuevo espacio de creación de representatividad.

2. La importancia de los derechos fundamentales del trabajo

De partida, la relación que encuentra intrínsecamente la idea de derechos fundamentales con las relaciones laborales, es su carácter pluridimensional, dado que el trabajador se sumerge en una relación de carácter económico en

una sociedad capitalista, y al mismo tiempo, se inserta como un ciudadano en la empresa, amparado por un sistema de constitucionalización de los derechos humanos fundamentales. Ello se caracteriza “por cuatro extremos: primero, los derechos fundamentales regulan con rango máximo, y segundo, con máxima fuerza jurídica, objeto, tercero, de la máxima importancia con, en cuarto lugar, máxima determinación”¹.

Así, la norma constitucional no solo va a regir las relaciones entre particulares (eficacia vertical) entre Estado y ciudadanos, sino que también, abarcará las relaciones entre particulares (eficacia horizontal).

La eficacia horizontal es una novedad que irradia en las relaciones privadas, toda vez que los sujetos pueden reclamarse entre sí derechos subjetivos públicos, como puede ser perfectamente el derecho de participación política de trabajadores migrantes en los órganos internos de las asociaciones sindicales, sin ninguna distinción.

Esta idea de ciudadanía sirve de soporte para la expansión jurídica de los derechos fundamentales, desde un espacio teleológico y axiológico, porque como explicará Marsahll (Marshall, 2005), la ciudadanía se “expande desde lo civil a lo político y desde allí a lo social”².

El derecho a la no discriminación, en este caso concreto, la xenofobia, se posiciona en este aspecto, porque tiene consecuencias relevantes en la vida del trabajador, dado a que el trato desfavorable, conlleva al desprecio de un determinado colectivo, por su condición, en este caso su condición de no nacional.

Y como vimos existe un cierto límite entre el derecho a la distinción permitida, porque la norma posee dos mandatos: un trato igualitario por un lado, y un trato diferenciado por el otro, que “prohíbe tratar desigual a los iguales y prohíbe tratar igual a los desiguales”³.

¹ Robert, Alexy, “Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático. En AAVV Neoconstitucionalismo, Madrid: Trotta, 2003 p. 32.

² Thomas Humphrey, Marshall, . Ciudadanía y clase social. Buenos Aires, Losada, 2005, p. 21.

³ Jose Luis, Ugarte Cataldo, Derechos Fundamentales, tutela y trabajo. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2018, p. 141.

Entonces, la discriminación que se encuentra justificada es aquella razonable y objetiva, es decir, el límite es la arbitrariedad razonablemente entendida. Eso sucede cuando existe una razón coherente y lógica en el ordenamiento jurídico para el trato diferenciado.

Deberíamos pensar, si existen causales de justificación o criterios, que soporten el juicio de reprochabilidad ante el acto discriminatorio.

Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales se presentan como un espacio para garantizar a los trabajadores para construir una posición mayor de poder, que unilateralmente no cuentan, mediante las organizaciones sindicales.

Esta idea central, se consolida con la idea de que el trabajador es un ser humano, escindido de su origen nacional, y como tal se le deben reconocer el acceso a sus derechos en igualdad de condiciones. Y por ello su relación con los derechos fundamentales, porque constituyen un conjunto de derechos que pertenecen de manera universal a todos los seres humanos, en cuanto son “dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”⁴, que son incorporados en los ordenamientos jurídicos de los estados en su Norma Fundamental.

Siguiendo a Ferrajoli⁵, son las constituciones que confieren este núcleo de derechos a la persona, independientemente de la ciudadanía, siendo los derechos de la ciudadanía una subclase dentro de los derechos fundamentales.

De esta manera, la positivización constitucional de los derechos les otorga mayor valor de reconocimiento, apoyándose en el sistema de garantías del propio ordenamiento jurídico. La OIT en el Convenio 87, en el art. 8 establece que “2. *La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio*”. Desde esa óptica, los derechos fundamentales se vinculan con el derecho del trabajo, porque la relación trabajador-empendedor en sí, se subsume en una relación política, en una sociedad democrática.

⁴ Luis Angel Triguero Martinez, Los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores Migrantes, Granada 2012, p. 37, disponible en <http://hdl.handle.net/10481/22231>.

⁵ Luigi Ferrajoli, Los fundamentos de los derechos fundamentales, Madrid, Trotta, 2007.

Esta concepción superadora sobre la importancia del reconocimiento y valorización de los derechos fundamentales, en un mundo globalizado donde predomina la economía, y mercantiliza la vida de las personas, es de vital importancia, para intentar cambiar la lógica del mercado global.

De esta manera, los sindicatos se consolidan como un movimiento social, pero también siguiendo a Baylos (2004)⁶ como una cultura política. Reconocer el derecho pleno a los trabajadores inmigrantes de participar en la vida política de los sindicatos, es una forma de repolitización de las fronteras, porque las políticas migratorias han sido un factor de atribución o de límites de la intervención estatal, generando disputas jurídicas a lo largo del tiempo.

La organización sindical, facilita la noción de colectividad de los trabajadores, siendo uno de sus grandes desafíos es tener en cuenta la diversidad de todos los trabajadores, y la heterogeneidad de sus intereses, dando así un proceso de inclusión en la ciudadanía.

Siempre “ser trabajador no depende de la nacionalidad del sujeto que trabaja. El trabajo, por sí sólo, justifica la aplicación de derechos, tanto en el ámbito individual como colectivo, sobre todo los derechos fundamentales. El trabajo iguala el disfrute de derechos, independiente de la condición de nacional o de otros motivos diferenciadores”⁷

Según la Confederación Sindical Internacional, en todo el mundo, menos del 1 %⁸ de los trabajadores migrantes se encuentran sindicalizados. La recopilación de datos relativos a la afiliación sindical de los trabajadores migratorios es bastante complejo, porque pocos sindicatos cuentan con datos desagregados por nacionalidad.

La repolitización de las fronteras debe ir en comunión con una acción colectiva a través de los sindicatos, donde se ponga en relevancia el respeto de la dignidad humana, más allá de su nacionalidad, y de las políticas migratorias.

⁶ Antonio Baylos Grau, *Sindicalismo y Derecho Sindical*, Bomarzo, Albacete, 2004, p. 7.

⁷ Ricardo José Macedo De Britto Pereira, “Trabajadores inmigrantes indocumentados en tiempos de crisis y pandemia: exigencias morales y jurídicas para la repolitización de las fronteras”, en *e-Revista Internacional de la Protección Social(e-RIPS)*, 2020, Vol. V, Nº 2, ISSN 2445-3269, p. 256.

⁸ El dato estadístico fue recopilado del 3º Congreso Mundial de la CSI, Durante los días 18-23 de mayo del año 2014 en Berlín, disponible en https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/ituc-3co-s-6_a_-_uniongrowth-es-210x297-01-2.pdf.

En el año 2020⁹ el Relator Especial de la ONU sobre los derechos humanos de migrantes, confeccionó un informe especial para el Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre el derecho a la libertad de asociación de los migrantes, en él se resaltó el contenido y alcance del art. 22, primer párrafo de la protección para el ejercicio de la libertad sindical del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo enfatiza en que varios países ofrecen buenos ejemplos del reconocimiento del pleno ejercicio de la libertad sindical de los trabajadores migrantes.

Analiza además los tipos de limitaciones legislativas discriminatorias en tanto niegan o restringen el derecho a la libertad de asociación.

El Relator Especial en el informe recomienda a los Estados que se reconozcan en las legislaciones internas el derecho de los migrantes a la libertad de asociación, y que se los aliente a organizarse, fomentando prácticas que fomenten la afiliación sindical.

De partida, para comprender la concepción de los derechos fundamentales en su sentido y alcance, debemos analizar el papel que juega la ciudadanía. Para ello, hay que desligarla del concepto clásico, que es el vínculo que une al individuo con el estado del cual es nacional.

Siguiendo a Marshall¹⁰, la ciudadanía es la pertenencia de las personas que tienen capacidad de obrar, a una comunidad política que los incluye, otorgándole de esa manera, a la persona, dignidad en la existencia vital. Así, el concepto de ciudadanía, más allá de su dimensión jurídica, se materializa en la real inclusión de las personas en una comunidad política de residencia. Si se parte de este arquetipo, no solo la igualdad material y el acceso de los diversos derechos fundamentales estarían asegurados, sino que además, tendría un plus: se garantizaría el desarrollo del individuo en el sistema político, porque “constituye una aspiración que debería hacerse real desde estos postulados y desde el grado de desarrollo civilizatorio alcanzado por nuestra sociedad, en el

⁹ U.N. ,2020, Derecho a la libertad de asociación de los migrantes y sus defensores. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, A/HRC/44/42 disponible en <https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/right-freedom-association-migrants-and-their-defenders-report-special>.

¹⁰ T. H. Marshall y T. Bottomore, Ciudadanía y clase social, Madrid, Alianza editorial. p.100.

que la ciudadanía se presenta como clave para el acceso a la institucionalización, titularidad y ejercicio real de los derechos humanos como instrumento de democratización social y jurídico- política de los Estados modernos”¹¹.

Lo más adecuado sería que exista un plazo razonable de residencia para que los trabajadores extranjeros puedan ser elegidos democráticamente en las organizaciones sindicales, y así poder ejercer libremente la libertad sindical.

El artículo 3 del Convenio 87 de la OIT es contundente al disponer que los trabajadores podrán tener derecho de elegir a sus representantes en plena libertad, por eso sostenemos que la legislación interna de un estado no debe restringir o inferir a la participación de los trabajadores migrantes. Pero menos cierto es que como los migrantes no pueden ocupar ciertos cargos en la política, menos probable será que puedan ejercer con plenitud el derecho legislativo que despliega la libertad sindical, al menos después de un periodo razonable de residencia en el país de acogida.

Dicho periodo de residencia debe ser razonable. Un extremo de este criterio, fue el establecido en La República Democrática del Congo, donde la ley 16/010, de 15 de julio de 2016, que modifica y completa la Ley 015/2002, sobre el Código del Trabajo, no había derogado la duración de residencia de veinte años como condición de elegibilidad para encargarse de la administración y de la dirección de una organización sindical, que a juicio de la Comisión, resulta un periodo excesivo.

Un plazo razonable de tres años de residencia, sería como lo entiende la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, un tiempo considerable. Y ha tomado nota con satisfacción los progresos de los siguientes países: Austria, Botswana, Burkina Faso, Luxemburgo, Mauritania, Nicaragua, Rumania, República Árabe Siria y Turquía. .

Existen números ejemplos de revisión legislativa que eliminan las restricciones para que los trabajadores migrantes puedan ejercer plenamente su derecho a la libertad sindical, veamos:

¹¹ Op. Cit 8, p. 52.

En Argelia, el 25 de abril del año 2022 se eliminó (Ley 20-06) el requisito de nacionalidad previsto en la Ley 90-14. Hoy en día los empleadores y trabajadores no nacionales pueden formar organizaciones sindicales, y ser miembro de las juntas directivas, con el único requisito de tres años de residencia en el país.

Por otra parte Turquía, desde el año 2012 mediante la Ley 6356 de sindicatos y convenios colectivos, se eliminó el requisito de ciudadanía para los fundadores de sindicatos.

En España, se revisó la Ley Orgánica 2/2009.

Otorgar participación política, en suma, ciudadanía migrante, evidencia una extensión del concepto de residencia, que implica cierto desacople del arraigado y del matrimonio nacionalidad/ciudadanía.

Mantener al margen a los trabajadores migrantes, silenciándolos, por el hecho absolutamente arbitrario y fortuito de su nacimiento, resulta al menos hoy un argumento xenófobo. Porque aunque la naturalización¹² pareciera ser una vía de privilegio para acceder a la ciudadanía y, a la integración plena del libre ejercicio de la libertad sindical, no puede ser el único camino para lograr una verdadera igualdad entre los trabajadores.

Por eso es vital, si la legislación no lo contempla, fijar un plazo de residencia razonable, para el libre acceso de derechos sindicales y en igualdad de condiciones con sus pares nacionales.

Un ejercicio democrático y participativo en contextos globales es fundamental para que los trabajadores migrantes puedan acceder a los lugares de decisión, porque como sostiene Hannah Arendt (1988) “nadie puede ser feliz sin participar en la vida pública. Nadie puede ser libre sin la experiencia de la libertad política. Nadie, finalmente, puede ser feliz o libre sin implicarse y formar

¹² La naturalización es el único modo de acceder a la ciudadanía plena, aunque implica abandonar la condición de migrante, y su identidad. En nuestro país, la Constitución Nacional de 1853, en su art. 20 expresaba que los extranjeros “obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación”. La Ley 346 de Ciudadanía y Naturalización, sancionada en 1896, estableció los criterios y modalidades de atribución de la nacionalidad argentina. Pueden ser ciudadanos argentinos: los nativos (jus soli), argentinos por opción (jus sanguini) o los ciudadanos por naturalización: los extranjeros mayores de 18 años que residen en la República dos años continuos y manifestasen ante los jueces federales de sección su voluntad de serlo.

parte del poder político”. La autora alemana, buscaba una comunidad política abierta al otro.

Con estas delimitaciones conceptuales, debemos realizar la distinción entre los derechos fundamentales del trabajador, en tanto sujetos de una relación laboral, y los derechos fundamentales “inespecíficos”, que son los atribuidos a todos los ciudadanos, que ejercen los trabajadores en su relación laboral. La persona que trabaja, lleva consigo derechos inherentes, por su condición de ser humano, cuyo ejercicio se interioriza en el contrato de trabajo. Ello es así, porque existe una titularidad inherente de los derechos fundamentales en el ciudadano, que cuando pasa a ser trabajador, no pierde su condición de tal. Pero lo que puede suceder es que, luego que acepta un compromiso contractual, los derechos fundamentales, pueden sufrir una mínima alteración en su campo de ejercicio. Si bien existe un déficit en la normativa de análisis, debe pensarse, en todo caso, el principal conflicto que sucede cuando se ven “degradadas para el trabajador las libertades en el ámbito de la empresa”¹³, disminuyendo así su categoría de ciudadano.

El recorte de derechos, únicamente puede ser considerado cuando su restricción afecta otros derechos, bienes o valores de igual rango. Por eso consideramos que hay una especie de distinción permitida, ligada claro está a la dualidad nacionalidad/soberanía estatal. Dicho obstáculo, puede saldarse al establecer ciertos estándares de desplazamiento normativo, como sucede al imponer plazos mínimos de residencia, para poder acceder al goce y ejercicio igualitario de los derechos.

Esa fragmentación provoca intereses contrapuestos entre el conjunto de los trabajadores en general y los trabajadores de la especificidad, entre los dentro y fuera del mercado, pero sobre todo la sociedad en general ¿quién representa a quién? Lo cierto es que, la globalización hace más notoria la crisis de la representación de los sindicatos, porque ellos no pueden definir su acción de tutela del interés legítimo de los trabajadores tal cual se encuentra el mercado laboral: empresas multinacionales, trabajadores que pueden migrar de país en

¹³ García Moreno, La buena fe y los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, p. 286 Revista española de derecho constitucional, ISSN 0211-5743, Año nº 13, Nº 38, 1993, págs. 263-296.

país y una economía globalizada. Sin embargo no es únicamente la representatividad sindical que se encuentra en crisis, se le suman a ella la ruptura del concepto de soberanía y fronteras tradicionalmente entendidas, junto con la fragmentación de las normas laborales in pelius del mercado comercial,

Así, se aprovecha de manera menos efectiva de “las normas por ineficacia de los sistemas de control (ausencia de la inspección del trabajo) o debilidad del sujeto sindical – y con ello valerse del dumping social. Y es con ello que se revela la insuficiencia normativa y el propio desajuste del espacio de regulación”¹⁴.

Se debe general un cambio, o por lo menos, generar oportunidades en este proceso de desarrollo económico, donde imperen los valores sociales de la igualdad, bajo la concepción de la dignidad humana, poniendo en práctica el dialogo y la justicia social.

Tampoco hay que pasar por alto, la relación existente entre las dificultades que presentan los trabajadores migrantes para ejercer la libertad sindical, con las prácticas xenófobas, discriminatorias y sexistas, pensemos los inconvenientes adicionales que se les presentan en relación al género, y al grupo minoritario de personas LGBTI+¹⁵. También, los trabajadores migrantes pueden pertenecer a una afiliación religiosa o a un grupo étnico determinado, representando una barrera para la sindicalización.

Sumamos, las actitudes reales, o percibidas y las practicas racistas, junto con los prejuicios e intolerancias, todos ellos pueden alejar a los trabajadores de los sindicatos.

El fantasma latente a la deportación o la detención, el miedo a perder el trabajo, la falta de información o la barrera idiomática, constituyen escollos para el libre ejercicio de la libertad sindical.

¹⁴ Guillermo Gianibelli, Cuestiones conceptuales: cadenas de valor y acuerdos marco, 2018, disponible en <http://www.relats.org/documentos/PIICV.Gianibelli2018.pdf>.

¹⁵ Para más información ver Lucha contra la discriminación en el ámbito laboral por razones de orientación sexual e identidad de género, de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2021/04/informe-discriminacion-empleo-LGBTIQ.pdf> y Documento de Trabajo N° 2/2015, de la OIT, Orgullo (Pride) en el trabajo, disponible en https://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_368648.pdf.

3. Propuestas

Para lograr una verdadera participación de los trabajadores migrantes como sujetos políticos en las asociaciones sindicales, existen diversos focos de acción desde diversas perspectivas:

- Desde el Estado:

Creando espacios propicios a través del diálogo social eficaz, que incluya el diálogo intersectorial entre las organizaciones de trabajadores y de empleadores, para poder hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva.

Ratificar e implementar los Convenios y Recomendaciones de la OIT, específicos sobre el derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva, como así la normativa específica referida a los trabajadores migrantes, y aplicar en la legislación y en la práctica los instrumentos internacionales que involucra el derecho a la movilidad humana.

Asegurar la coherencia entre el sistema internacional de protección de los derechos humanos y la legislación interna, en lo referido a las políticas migratorias y las leyes laborales, para que no haya prohibición, restricción o anulación de derechos. Entre ellas, la legislación del estado deberá evaluar el obstáculo legal de eliminar la restricción de participación política en las asociaciones sindicales, reconociendo así que los trabajadores migrantes, independientemente de su regularidad migratoria, pueden ser ejercer libremente el derecho a la libertad sindical.

Confeccionar informes y estadísticas sobre la situación económica, social, y demográfica de los trabajadores migrantes, y su aporte al país para evitar situaciones de xenofobia y fomentar la integración. Debiendo incluir el número de trabajadores inmigrantes en los sindicatos, y cuántos de ellos están cubiertos por las disposiciones fruto de la negociación colectiva.

Promover campañas de sensibilización ciudadana, para evitar un discurso de odio, racismo y no tolerancia respeto de todos los trabajadores migrantes.

Extender la protección de las leyes laborales de manera implícita en los sectores donde predomina la mano de obra migrante: trabajo doméstico,

agricultura, construcción, economía informal, trabajo de plataformas y trabajo temporal, para garantizar la igualdad de protección legal.

Promover el diálogo social y los mecanismos tripartitos, sobre migración, empleo y protección laboral de los trabajadores migrantes, con participación de los empleadores y organizaciones de trabajadores.

Incluir en los procesos de diálogo social el diseño, desarrollo, implementación, evaluación y seguimiento de la migración laboral mediante acuerdos bilateral y multilateral entre los estados para fomentar la movilidad regional.

Garantizar el acceso a la justicia para la protección de los derechos de plena libertad sindical para los trabajadores migrantes.

En el país de origen, antes de la salida al país del destino, y en la medida de lo posible, se deberá asegurar el derecho a la información respecto de los derechos laborales.

- Los sindicatos:

Internacionales y nacionales, deberán considerar presentar ante la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindica más observaciones sobre la aplicación de los Convenios núms. 87 y 98 y otras Convenciones con respecto a los derechos de los trabajadores migrantes para permitir la revisión por el sistema de control de la OIT. También pueden enviar información en colaboración con organizaciones de la sociedad civil a los comités que supervisan la implementación de los instrumentos internacionales¹⁶ del sistema de Naciones Unidas.

Llevar a cabo actividades de divulgación para los trabajadores migrantes y abogar para promover el respeto de sus derechos laborales.

Adoptar estrategias en las prácticas de negociación colectiva para cubrir a los no sindicalizados y sectores no representados.

Emprender campañas de sensibilización con estrategias organizativas que tomen en cuenta las diversas identidades de los trabajadores migrantes.

¹⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la ICRMW, la CEDAW y la ICERD.

Participando en los procesos de reforma legislativa y el desarrollo de políticas migratorias. Como así también en la cooperación bilateral y regional entre sindicatos en países de origen y destino.

Brindar a los trabajadores migrantes servicios de apoyo junto con la sociedad civil, en materia de educación y acceso a la justicia.

Adoptar una estrategia innovadora para la afiliación de los trabajadores migrantes con la finalidad de fortalecer la capacidad de representación y ampliar la cobertura de negociación colectiva.

Participar en redes transfronterizas de sindicatos, mediante la firma de acuerdos para la protección de derechos de los trabajadores a lo largo de su ciclo de desplazamiento.

- Empleadores:

Abstenerse de realizar cualquier acto que implique intimidación, inclusión en listas negras, violencia o acoso hacia los trabajadores migrantes, o impedir que ellos se pongan en contacto con los sindicatos.

Otorgar información en un idioma que sea comprendido por los trabajadores con información sobre los derechos y las normas laborales.

Negociar colectivamente con los sindicatos abarcando a la totalidad de los trabajadores, teniendo en cuenta la interseccionalidad y sus problemáticas específicas.

Promover el dialogo social, y cooperar proactivamente tanto en los países de origen y destino para implementar y garantizar una gobernanza de la migración laboral en clave de derechos, desarrollando así un ciclo migratorio seguro.

- Justicia:

El acceso a la justicia para personas que se encuentran en movilidad, es fundamental.

Los trabajadores migrantes, al igual que todos los trabajadores, deben tener igualdad de acceso a la justicia contra la violación de los derechos

laborales, incluidas las restricciones a la participación sindical, sin temor a sufrir represalias por su condición o situación migratoria.

Los principales obstáculos son la falta de información, el desconocimiento sobre sus derechos, y cómo hacerlos efectivos en el sistema judicial, el temor a la deportación, la desconfianza en el sistema judicial y la falta de asesoría legal gratuita.

Según un estudio realizado por CIVICUS, en el año 2019¹⁷, se desprende que “casi tres de cada cuatro personas entrevistadas (74%) dijeron tener poco o ningún conocimiento de las leyes nacionales de su país de destino, mientras que el 84% afirmó tener poco o ningún conocimiento de la normativa internacional que protege sus derechos”.

Se deberá brindar asistencia legal, sobre todo a aquellos trabajadores cuya lengua materna no es el español. También, los servicios de la inspección laboral son fundamentales para garantizar la protección legal. Debiendo prestar especial atención, a aquellas personas que se encuentren en una situación irregular, en este punto la CEACR, estableció “ la Comisión recuerda su Estudio General sobre la inspección del trabajo, 2006, en el que señaló que la cooperación entre la inspección del trabajo y las autoridades de inmigración debería llevarse a cabo con prudencia, teniendo presente que el objetivo principal de la inspección es proteger los derechos y los intereses de los trabajadores, y mejorar sus condiciones de trabajo en vez de aplicar la Ley de Migración”¹⁸. Dicha cautela se relaciona con los conflictos existentes entre las leyes laborales y de inmigración, sobre todo en contextos o legislaciones donde se prioriza la seguridad nacional sobre la protección laboral¹⁹.

¹⁷ Este informe es el resultado de un proyecto de dos años asumido de manera conjunta por CIVICUS – la alianza global de la sociedad civil – y el Centro de Solidaridad, enfocado en la promoción de los derechos de las personas trabajadoras en todo el mundo. Titulado Libertades en movimiento. El espacio cívico de las personas trabajadoras migrantes y refugiados. Resumen ejecutivo, disponible en <https://www.civicus.org/index.php/freedoms-on-the-move>.

¹⁸ Promover una migración equitativa. Conferencia Internacional del Trabajo, 105º Reunion, año 2016, d Párrafo 482, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_453896.pdf.

¹⁹ En Argentina, durante la vigencia del decreto 70/17 se consolidó el paradigma de seguridad, por sobre el principio emanado de la Ley 25.871, que entiende en su art. 4 a la migración como un derecho humano.

La falta de alineación entre las leyes laborales y las políticas inmigración pueden incentivar las restricciones de acceso a la justicia, sobre todo por el temor de deportación.

El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha señalado que “en los países donde el estatus migratorio tiene prioridad sobre los derechos de reparación, los trabajadores indocumentados pueden dudar si los frutos de su asociación y promoción valen el riesgo”²⁰

En la reunión preparatoria de la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Guadalajara, México, se aprobó —por unanimidad— la realización del Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de las personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad, con especial énfasis en justicia con enfoque de género, de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas. Este protocolo, se alinea con las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008), donde se reconoce a los en su regla número 6 que el “desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familiares. Se considera trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional. Asimismo se reconocerá una protección especial a los beneficiarios del estatuto de refugiado conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como a los solicitantes de asilo”.

Si bien hasta el momento no se han realizado presentaciones judiciales, declarar la inconstitucionalidad del artículo 18 inciso C., primer supuesto de la Ley 23.551²¹.

²⁰ Op cit 10 párr. 43.

²¹ Para integrar los órganos directivos, se requerirá: a) Mayoría de edad; b) No tener inhabilidades civiles ni penales; c) Estar afiliado/a, tener dos (2) años de antigüedad en la afiliación y encontrarse desempeñando la actividad durante dos (2) años. El setenta y cinco por ciento (75%) de los cargos directivos y representativos deberán ser desempeñados por ciudadanos/as argentinos, el/la titular del cargo de mayor jerarquía y su reemplazante estatutario deberán ser ciudadanos/as argentinos.

4. Dialogo social y la migración laboral

El diálogo social constituye el núcleo central del mandato de la OIT y se considera fundamental para “la elaboración de una legislación y unas políticas transparentes y coherentes sobre migración laboral basadas en los derechos, que tengan en cuenta las necesidades del mercado de trabajo”²²

En su Estudio General de 2016²³, la CEACR reconoció «la función primordial» que desempeñan los interlocutores sociales en la gobernanza eficaz de la migración laboral, entre otras cosas «en relación con la elaboración, la aplicación y la adaptación continua de la legislación y la política en lo que respecta a la regulación de la migración laboral y a la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes».

Además, constituye la clave para el desarrollo de una migración laboral basada en derechos. Por ejemplo los Principios Generales y Directrices Prácticas de la OIT para el Reclutamiento Justo, instruye a los gobiernos para que consulten con las organizaciones de empleadores y trabajadores para garantizar el cumplimiento en todo el sector de la contratación de las leyes y reglamentos pertinentes (Pauta IV).

Se destacan los siguientes acuerdos multilaterales y de integración regional, esenciales para que el dialogo social y el tripartismo funcionen:

- Acuerdo Multilateral de Seguridad Social
- Acuerdo Regional de 2002 sobre Residencia para Nacionales de los Estados parte del Mercosur, Bolivia y Chile.
- Declaración Sociolaboral del Mercosur.
- El Acuerdo Multilateral de Seguridad Social
- Foro Consultivo Económico y Social (FCES)

²² Reunión técnica tripartita sobre la migración laboral de la OIT, Ginebra, 4 a 8 de noviembre de 2013, Conclusiones, párrafo 8. Véase también: Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales: Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos, Ginebra, 2006, pág. 8, Principio 6: «El diálogo social es esencial para formular una política de migraciones laborales adecuada, y debería promoverse y ponerse en práctica».

²³ Op. cit 18, parr. 131 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_453896.pdf.

- Plan Regional de Facilitación de la Circulación de Trabajadores en el Mercosur.
- Plan de Acción de Brasilia

Asimismo existen ejemplos de acuerdos bilaterales para la protección del derecho de libertad sindical a los trabajadores migrantes:

- Memorando de Entendimiento entre Bangladesh y Jordania en el Campo de Manpower, 2012, artículo 3: “Ambas partes se comprometen a preservar los derechos de los trabajadores y empleadores por la legislación y la ley en coherencia con los estándares internacionales y tratados al respecto”.
- Memorándum de Entendimiento sobre Movilidad Laboral Alianza entre la República de la India y el Reino de Dinamarca, 2009, artículo 4: “A menos que se disponga lo contrario en este memorando de entendimiento, las personas especificadas en el artículo 3, recibirán igualdad de trato con los nacionales del Estado Receptor en la aplicación de las disposiciones pertinentes leyes laborales y de empleo de ese Estado contratante”.
- Acuerdo de Cooperación Bilateral sobre Migración Laboral entre Italia y Sri Lanka, 2011, Preámbulo: “En cumplimiento de los principios de las disposiciones internacionales sobre los derechos de los migrantes y los derechos fundamentales de los trabajadores”
- Los acuerdos de Nueva Zelanda con las Islas del Pacífico bajo la RSE brindan un buen ejemplo: “Los trabajadores disfrutarán de la plena protección del empleo de Nueva Zelanda y la legislación sobre el lugar de trabajo, en particular la legislación relativa a las condiciones de trabajo seguras y se aplicará el pago de las tasas de salario mínimo. Los trabajadores son elegibles para afiliarse a sindicatos en acuerdo con esas leyes.”

A pesar de estos ejemplos, el informe de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2017 subrayó “en muchos países las políticas relativas a la migración, incluidas las que se centran en la migración laboral, corresponden mayormente al ámbito de los ministerios del interior, de inmigración o de

relaciones exteriores, que en general se ocupan más de los criterios para la admisión de extranjeros y de las cuestiones de seguridad conexas pero menos de una colaboración regular y sistemática con interlocutores sociales y otros agentes no gubernamentales”²⁴ .

Además, en el informe analítico “La Migración laboral temporal: desentrañar sus complejidades”²⁵, se señaló que “Tomando las normas de la OIT y de la ONU como marco normativo, y reconociendo y aprovechando el carácter complementario de los instrumentos del derecho internacional, los gobiernos y los interlocutores sociales de los países de origen y de destino pueden reforzar los mecanismos de diálogo social para mejorar la gobernanza de la migración laboral teniendo en cuenta las necesidades del mercado de trabajo y contribuyendo a la coherencia de las políticas.

La OIT considera que las políticas relativas a la migración, incluidas las que se centran en la migración laboral, corresponden mayormente al ámbito de los ministerios del interior (como es el caso de estudio), de inmigración o de relaciones exteriores, que en general se ocupan más de los criterios para la admisión de extranjeros y de las cuestiones de seguridad conexas pero menos de una colaboración regular y sistemática con interlocutores sociales y otros agentes no gubernamentales.

5. Colofón

Hay que avanzar en la implementación de políticas de carácter verdaderamente universal e inclusivo para que los migrantes puedan acceder a derechos en igualdad de condiciones con sus pares nacionales.

En estas líneas se pretendió abordar el planteo desde el punto de vista jurídico, y político, quienes en su conjunto deberían brindar una respuesta superadora. El otro migrante se presenta frente al espejo como doble, como

²⁴ Op. cit 18, párr. 59.

²⁵ Migración Laboral Temporal: desentrañar sus complejidades. Informe OIT, año 2022, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_859128.pdf.

recurso de los opuestos, para cuestionar la identidad. El doble surge como búsqueda del otro.

La mayor movilidad de la mano de obra abre objetivamente oportunidades para mantener y ampliar la práctica actual del ejercicio de la libertad sindical. El creciente número de trabajadores migrantes encierra un potencial natural importante para la afiliación sindical.

Las condiciones de trabajo y el nivel de remuneración que no se ajustan a las normas mínimas, sumados al abuso del que podrían ser objeto los trabajadores migrantes, son argumentos convincentes de que los sindicatos deben amparar a esos trabajadores.

Garantizar en la práctica el derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva de los trabajadores migrantes, de acuerdo con los principios universales que son ampliamente reconocidos, es un componente esencial en la prevención y la mejora de sus condiciones en el trabajo. También es un componente que propicia el ejercicio de otros derechos laborales. Además, la falta de protección laboral, debilita en su conjunto la protección de todos los trabajadores.

Las sociedades democráticas exigen debates que deben efectuar modificaciones que den cuenta de los reparos efectuados por los órganos de control de la OIT sobre algunos de sus aspectos. Para poder garantizar de manera efectiva los contenidos de la libertad sindical.

Hay que hacer frente a un debate necesario y complejo de la forma de gestionar las migraciones y cómo repercuten en el mercado laboral. La condición básica de la política migratoria basada en la gobernanza global de las migraciones implica gestionar la movilidad migratoria en beneficio de todos los trabajadores, más allá de su nacionalidad.

Bibliografía

- ALEXY, R. (2003). “Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, en AA.VV., *Neoconstitucionalismo*, Madrid: Trotta.
- MARSHALL, T. H. (2005). *Ciudadanía y clase social*. Buenos Aires, Losada.
- UGARTE CATALDO, J. L. (2018). *Derechos Fundamentales, tutela y trabajo*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- FERRAJOLI, L. (2007). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.
- BAYLOS GRAU, A. (2004). *Sindicalismo y Derecho Sindical*, Bomarzo, Albacete.
- MACEDO DE BRITTO PEREIRA, R. J. (2020). “Trabajadores inmigrantes indocumentados en tiempos de crisis y pandemia: exigencias morales y jurídicas para la repolitización de las fronteras”, *e-Revista Internacional de la Protección Social(e-RIPS)*. Vol. V . N° 2.
- MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, T. (1997). *Ciudadanía y clase social*. Madrid, Alianza editorial.
- MORENO GARCÍA, A. (1993). “La buena fe y los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista española de derecho constitucional*. Año nº 13. N° 38.

Recursos electrónicos

- GIANIBELLI, G. (2018). *Cuestiones conceptuales: cadenas de valor y acuerdos marco*. Disponible en <http://www.relats.org/documentos/PIICV.Gianibelli2018.pdf>.
- NACIONES UNIDAS (2020). *Derecho a la libertad de asociación de los migrantes y sus defensores*. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, A/HRC/44/42. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/right-freedom-association-migrants-and-their-defenders-report-special>.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2016). Promover una migración equitativa. Conferencia Internacional del Trabajo, 105° Reunion.

Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_453896.pdf.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2022). *Migración Laboral Temporal: desentrañar sus complejidades*. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_859128.pdf.

TRIGUERO MARTINEZ, L. A. (2012). *Los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores Migrantes*, Granada. Disponible en <http://hdl.handle.net/10481/22231>.

NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM

Manuel Ramón HERRERA CARBUCCIA

*Juez Primer Sustituto de presidente de la Suprema Corte de Justicia, República Dominicana.
Académico de Número, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

mrherrcarb@hotmail.com

Fecha de envío: 22/08/2023

Fecha de aceptación: 11/09/2023

NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Manuel Ramón HERRERA CARBUCCIA

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Resumen: El Constitucionalismo Social abre una etapa contraria a un liberalismo de un Estado de pocas garantías sociales. El constitucionalismo latinoamericano nace con la Constitución de Querétaro, influenciado también por la Constitución de Weimar y la Constitución Española de 1978. El nuevo constitucionalismo latinoamericano nace con las constituciones de post guerra, especialmente la alemana, italiana y francesa, la Constitución Española de 1978 y la Constitución portuguesa de 1976, causas, características del constitucionalismo latinoamericano y su referente bloque constitucional, la interpretación expansiva, necesidad de aplicar la causa de democracia.

Palabras clave: Constitucionalismo social latinoamericano - Democracia Social - Estado Social - Desequilibrio Social - Constitución Española de 1978

Sumario: 1. Nuevo constitucionalismo latinoamericano: causas. 2. Nuevo constitucionalismo latinoamericano: características. 3. Estado Social. 4. Incorporación del bloque de constitucionalidad y la importancia del derecho internacional. 5. Bloque de Constitucionalidad e interpretación expansiva. 6. La presencia de los derechos fundamentales propios del trabajador y de este como ciudadano. 7. Papel importante de los Tribunales Supremos y Cortes Constitucionales en la tutela judicial efectiva y en el desarrollo a los derechos fundamentales del trabajo. 8. Diálogo judicial. 9. Mayor enunciación de las normas laborales en forma expansiva. 10. Posicionamiento evidente de los derechos sociales. 11. Constituciones de compromiso.

Abstract: Social Constitutionalism opens a stage contrary to the liberalism of a State with few social guarantees. Latin American constitutionalism was born with the Querétaro Constitution, also influenced by the Weimar Constitution and the Spanish Constitution of 1978. The new Latin American constitutionalism was born with the post-war constitutions, especially the German, Italian and French ones, the Spanish Constitution of 1978 and the Portuguese Constitution of 1976, causes, characteristics of Latin American constitutionalism and its constitutional block reference, expansive interpretation, need to apply the cause of democracy.

Keywords: Latin American social constitutionalism - Social Democracy - Social State - Social Imbalance - Spanish Constitution of 1978

Summary: 1. New Latin American constitutionalism: causes. 2. New Latin American constitutionalism: characteristics. 3. Social Status. 4. Incorporation of the constitutionality block and the importance of international law. 5. Constitutionality Block and expansive interpretation. 6. The presence of the fundamental rights of the worker and of him as a citizen. 7. Important role of the Supreme Courts and Constitutional Courts in effective judicial protection and in the development of fundamental labor rights. 8. Judicial dialogue. 9. Greater enunciation of labor standards in an expansive manner. 10. Evident positioning of social rights. 11. Compromise constitutions.

1. Nuevo constitucionalismo latinoamericano: causas

Después del tránsito de esas varias etapas originadas en las influencias basadas en la Constitución de Querétaro y Weimar, la tercera de Querétaro; Weimar y la Constitución Española de 1931, entramos a una etapa donde, además de las influencias mencionadas están la Constitución Italiana de 1947, la Ley Fundamental Alemana y la Constitución Francesa de 1946; sin embargo, afirmar que la fuente del nuevo constitucionalismo latinoamericano reside en la Constitución Portuguesa de 1976 y más aún, en la Española de 1978, es consistente con el análisis histórico y así lo mostraremos.

Es la Carta Magna de España esparcida por toda América Latina con sus particularidades y características diversas, que ha servido para la conformación de un “nuevo constitucionalismo social latinoamericano”. La trayectoria de esta Constitución no ha dejado de ser accidentada no obstante a sus propiedades y firme desarrollo, con logros palpables, desafíos enormes e importantes tareas pendientes en materia social, particularmente en lo concerniente a la democratización de las relaciones laborales, en la efectividad y cumplimiento de los derechos sociales.

El término **nuevo constitucionalismo social latinoamericano** es utilizado inicialmente por el profesor Rolando Murgas¹, sin embargo, causas y justificaciones propias a nuestras realidades que le dan razón de ser a ese **nuevo constitucionalismo social latinoamericano**. Enunciamos cinco (5) de ellas:

1. Continuación y profundización del constitucionalismo social² anterior y pasar a un constitucionalismo más horizontal, efectivo, cercano a la clase trabajadora, a los diversos sectores productivos, que se sintieron representados en la conformación de un Estado social.

¹MURGAS TORRAZZA (Rolando). *El nuevo constitucionalismo social y su impacto en la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores y con los derechos sociales como derechos humanos versión revisada*, Conferencia magistral presentada en el 7mo. Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, del 30 de abril al 4 de mayo de 2013.

² MURGAS TORRAZZA (Rolando), ob. cit. p. 8.

2. Una Carta Magna con particularidades propias del subdesarrollo. La crisis petrolera de los '70 del siglo pasado impactó negativamente el Estado bienestar, aunque ha sido desconocido en la mayoría de los países de América Latina o nunca ha existido. No es razonable confundir Estado de bienestar con la estabilidad social en diferentes ciclos históricos presente en muchas naciones de América Latina y el Caribe.

3. Había una necesidad de buscar formas de democratizar nuestros pueblos y de esta necesidad surge el Estado democrático que, como sostiene el profesor Carpizo³ una democracia abierta a la igualdad y la libertad, a la protección de las minorías étnicas, religiosas contra cualquier discriminación por género, condiciones de salud, ideológicas o de capacidad diferentes⁴; o sea, un ejercicio real de la democracia política en nuestro continente. Esa democracia tiene que ser social, no sólo reconocer derechos y principios cenicientas porque son manipulados por sectores de poder utilizando la terminología de Gargarella:

Es inaceptable que nuestras constituciones le hayan abierto las puertas de sus textos a la clase trabajadora y a otros grupos desaventajados, pero solo en lo relativo al reconocimiento de sus derechos. Es inaceptable que, frente a tales grupos, en especial, la puerta de la "sala de máquinas" constitucional se mantenga todavía cerrada⁵.

El nuevo constitucionalismo social latinoamericano busca una democracia social que implica necesariamente calidad de vida⁶, la búsqueda de una real justicia social.

4. El gran desequilibrio social y las inequidades son factores determinantes en el retraso del nuevo constitucionalismo social latinoamericano para alcanzar sus metas relacionadas con el Estado de bienestar. La Constitución del 26 de enero de 2010 expresa: "El Estado debe promover las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas para prevenir y combatir la discriminación, la marginalidad, la vulnerabilidad y la exclusividad"⁷. Es temerario tabular este precepto como

³ CARPIZO (Jorge), ob. cit. p. 4.

⁴ CARPIZO (Jorge), ob. cit. p. 6.

⁵ GARGARELLA (Roberto), ob. cit. p. 191.

⁶ CARPIZO (Jorge), ob. cit. p. 191.

⁷ Art. 39, numeral 3, Constitución dominicana de 2010.

meramente moral, pero sí es de las necesidades incumplidas por generaciones; por lo tanto, da razón de ser al nuevo constitucionalismo.

La desigualdad es espantosa en nuestro país: más del 85% de los trabajadores percibe un salario mensual inferior a RD\$ 20,000.00 (equivalentes a US\$338.00 según la tasa promedio actual). Esta cifra por sí misma es uno de los tantos rostros de las inequidades y está en relación biunívoca con esa gran deuda histórica pendiente. Otra deuda casi impagable es lograr un equilibrio en los poderes del Estado que propicie una verdadera democracia, lo que significa mejora para las mayorías, porque la democracia política tiene que reflejarse en lo social.

5. El nuevo constitucionalismo social latinoamericano tiene como referente principal la Constitución Española de 1978, surgida de un pacto entre las principales fuerzas políticas de ese país. España, por razones históricas, culturales e idiomáticas, y un acercamiento que ha crecido sostenidamente y jurídicamente perceptible en el presente proyecta su influencia en ese nuevo constitucionalismo y ha sido columna y soporte en estos tiempos de globalización jurídica, para una arquitectura constitucional de Latinoamérica.

Hay una sinergia jurídica de la Constitución Española de 1978 trayendo consigo influencias de la Constitución Portuguesa de 1976. La Constitución Italiana de 1947, entre otras, es buen indicador para la creación de un Estado social, democrático y de derechos; donde estos sean reales y efectivos.

2. Nuevo constitucionalismo latinoamericano: características

Partiendo de características del constitucionalismo planteadas por el profesor Rolando Murgas⁸ y seguidas por Oscar Hernández⁹, enunciaremos tales características; asimismo, incorporamos otras consideramos pertinentes:

1. En la mayoría se establece un Estado social, de derecho, como forma de gobierno.

2. Incorporación al bloque de constitucionalidad.

⁸ MURGAS TORRAZZA (Rolando), ob. cit. p. 9.

⁹ HERNÁNDEZ ALVAREZ (Oscar). *El sistema de fuentes como medio de obtener una visión general del derecho de trabajo en América Latina*, Caracas, Venezuela, 2016, p. 13.

3. Bloque de constitucionalidad e interpretación expansiva.
4. Incorporación de los principios laborales más notables en las constituciones latinoamericanas
5. Presencia de los derechos fundamentales propios de la persona humana como trabajador(a) y como ciudadano(a).
6. Asigna un rol importante a los Tribunales Supremos, Salas y Cortes Constitucionales en la tutela judicial efectiva y en el desarrollo de los derechos fundamentales del trabajo y de las mismas.
7. Diálogo judicial.
8. Mejor atención de las normas laborales en forma expansiva.
9. Posicionamiento evidente de los derechos sociales.
10. Constituciones de compromiso.

3. Estado Social

El Estado social es producto de la transformación del Estado liberal. Aspira a una sociedad más igualitaria, tratando de dar respuestas de compromiso entre “la igualdad formal y la desigualdad real”¹⁰. Sin lugar a dudas, es una tarea primordial y pendiente de asignación en nuestros países.

Heller habló del Estado social y fue plasmado en la Constitución Italiana de 1947, la Constitución Alemana de 1949 y la Constitución Española de 1978, la fuente principal los países latinoamericanos.

El término Estado social y democrático sugiere interrogantes sobre sus pretensiones y que su finalidad en nuestra América no sea mero recurso teórico¹¹. Lo percibimos como una institución en construcción, en transformación; que requiere un cambio gradual de nuestro modelo constitucional anterior y de apertura más creciente a la solidaridad y la justicia social.

Para García Pelayo:

¹⁰ SOTELO (Ignacio). El Estado social. Antecedentes, desarrollo y declive, ed. Trotta, Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2010, p. 294-365.

¹¹ OLLERO TASSARA (Andrés). *Estado social y democrático de derecho. Algo más que retórica*, en El modelo social en la Constitución española de 1978, Antonio V. Sempere Navarro-director; Rodrigo Martín Jiménez-coordinador. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 66.

...si por Estado social hemos de entender no sólo una configuración histórica concreta, sino también un concepto claro y distinto frente a otras estructuras estatales, hemos de considerarlo como un sistema democráticamente articulado, es decir, como un sistema en el que la sociedad no sólo participa pasivamente como beneficiaria de bienes y servicios, sino que, a través de sus organizaciones, toma parte activa tanto en la formación de la voluntad general del Estado como en la formulación de las políticas distributivas y de otras prestaciones estatales¹².

El profesor español nos recuerda:

Cualquiera que sea el contenido de lo social, su actualización tiene que ir unida a un proceso democrático, más complejo, ciertamente, que el de la simple democracia política, puesto que ha de extenderse a otras dimensiones. Sólo bajo este supuesto tendremos un criterio válido para distinguir el Estado social de conceptos próximos como el Estado de bienestar, el Estado asistencial, el Estado providencia, etc., que aluden a una función, pero no a una configuración global del Estado; sólo mediante la vía democrática la tendencia a la estabilización de la sociedad puede ser neutralizada por un proceso de socialización del Estado¹³, porque no es posible para un verdadero Estado social operar con normas propias de la democracia política, “concepción esta que incluye la democracia económica y la democracia empresarial”¹⁴ y; según nuestro un depurado discernimiento, una democracia laboral que implique un equilibrio social de poderes para equilibrar las relaciones sociales y más efectivas las organizaciones de trabajadores.

La Constitución Española de 1978 declara en su Artículo 1: “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

La Constitución Peruana de 1979 en su Artículo 79 define la República y la basa esta definición en el trabajo¹⁵ cuando señala “Perú es una República

¹² GARCIA PELAYO (Manuel). *El Estado social y sus implicaciones en las transformaciones del Estado contemporáneo*, obras completas (II). Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 1621, citado por RODRÍGUEZ COARASA (Cristina). *El Estado social: alcance, significado y manifestaciones*, en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, ob. cit. p. 1285.

¹³ RODRÍGUEZ COARASA (Cristina), ob. cit. p. 1285.

¹⁴ RODRÍGUEZ COARASA (Cristina), ob. cit. p. 1285.

¹⁵ BLANCAS BUSTAMANTE (Carlos). *La Constitución de 1979 y el derecho del trabajo*. Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho núm. 36, 1982, p. 12.

democrática y social, independiente y soberana basada en el trabajo. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado”. En la Constitución de 1993, Título II Del Estado y la Nación, Capítulo I Del Estado, La Nación y el territorio, Artículo 43, expresa: “la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana”.

En esa misma dirección¹⁶ el Artículo 1 de las constituciones Colombiana de 1992, Boliviana de 2009 y Paraguaya de 1992, declaran que se trata de un Estado social de derecho, como definición de su organización.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en su Artículo 2, expresa: “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de derecho y de justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.

La Constitución de la República del Ecuador del 11 de agosto de 1998, Artículo 1, Título I De los principios fundamentales, nos dice “El Ecuador es un Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico”.

La Constitución Dominicana del 26 de enero de 2010, Título I De la Nación, Del Estado, De su Gobierno y de Sus Principios Fundamentales; Capítulo II, denominado Del Estado social y Democrático de Derecho, Artículo 7 expresa: “La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos”.

Lo anterior demuestra que el concepto Estado social como forma de Estado en el nuevo constitucionalismo social latinoamericano está presente en varias formas como un instituto de construcción, de transformación y de realización en nuestros países.

¹⁶ MURGAS TORRAZZA (Rolando), ob. cit. p. 11.

4. Incorporación del bloque de constitucionalidad y la importancia del derecho internacional

La noción del Bloque de Constitucionalidad nace en Francia producto de la doctrina y decisiones del Consejo Constitucional con una evolución constante. Estos cambios iniciales a principios de los setenta no son homologables a los escenificados en España a principios de los ochenta¹⁷, donde se implementan para los casos de las comunidades autónomas.

Para la doctrina francesa “el bloque de constitucionalidad stricto sensu se compone exclusivamente de textos de nivel constitucional, a saber, la propia Constitución, la declaración, el preámbulo y las leyes de la República en la medida en que sean portadoras de principios fundamentales”¹⁸.

Durante el período 1995 – 2003 la Corte Constitucional de Colombia ha llevado la vanguardia; por consiguiente es importante resaltar¹⁹ la C-191 de 1998, donde concreta el sentido estricto o *stricto sensu*, cuando expresa:

[...] resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad stricto sensu, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C. P., artículo 93) ...Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción lato sensu del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el

¹⁷ FAVOREAU (Louis). *El Bloque de la constitucionalidad*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales núm. 5, enero-marzo 1990, Madrid, p. 45.

¹⁸ VEDEL (George). *La place de la déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité*, en *La déclarations des droits de l’homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF 1989, p. 52, citado por FAVOREAU (Louis), ob. cit. p. 49.

¹⁹ ESTRADA VÉLEZ (Sergio Iván). Principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad. Universidad de Medellín, Sello Editorial, febrero 2006, p. 105.

artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.

En ese sentido la sentencia C-067 de 2003 de la misma Corte expresa: Las normas del bloque operan como disposiciones básicas que reflejan los valores y principios fundamentales del Estado y también regulan la producción de las demás normas del ordenamiento doméstico. Dado el rango constitucional que les confiere la carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, servir de i) regla de interpretación respecto de las dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normativa cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas²⁰.

Para concluir, la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C-291/07 del 25 de abril 2007, aporta una visión expansiva relacionada con los derechos humanos:

El catálogo de normas de *ius cogens* ha experimentado un proceso de expansión acelerada, el cual se ha acentuado en el curso de la última década, particularmente en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, en el cual se han presentado desarrollos jurídicos significativos y notorios. En efecto, varias fuentes jurisprudenciales y doctrinales han indicado que los principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario son actualmente normas imperativas o perentorias de derecho internacional, haciendo referencia a la categoría de principios fundamentales del DIH, o a determinadas reglas en particular. Con base en un análisis cuidadoso de los distintos pronunciamientos internacionales que han otorgado este rango preeminente a los principios fundamentales del DIH, la Corte Constitucional de Colombia expondrá en el presente acápite su postura razonada sobre el particular, en el sentido de que los principios esenciales del Derecho Internacional Humanitario han adquirido el rango cierto de normas de *ius cogens* por haberse surtido respecto de ellos un proceso notorio de doble reconocimiento, concretamente en relación con los

²⁰ ESTRADA VÉLEZ (Sergio Iván), ob. cit. p. 105.

principios de distinción, precaución y trato humanitario y respeto por las garantías fundamentales de la persona²¹.

En esa línea están los dispositivos de la sentencia Rol 2492-13 del 17 de junio de 2014 del Tribunal Constitucional Chileno y la sentencia CT 293/2011 del 3 de septiembre de 2011 de la Suprema Corte de México; , lo que ha sido reconocido por la doctrina de ese país²².

El Tribunal Constitucional de Bolivia, en su sentencia 1494/2209-R del 16 de septiembre de 2004 expresa:

Ahora bien, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia de este Tribunal, los derechos tutelables a través del amparo constitucional, son los siguientes: 1. los expresamente previstos en el catálogo de derechos señalado en el artículo 7 de la CPE; 2. otros derechos que si bien no están incluidos en el artículo 7 aludido, por su naturaleza y ubicación sistemática, son parte integrante de los derechos fundamentales que establece el orden constitucional boliviano (así, SSCC 338/2003-R, 1662/2003-R, 686/2004-R, entre otras); 3. los derechos contenidos en los tratados sobre derechos humanos suscritos por Bolivia; pues, como lo ha entendido la jurisprudencia de este Tribunal, "...forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa..." (así, SSCC 1494/2003-R, 1662/2003-R, entre otros)²³.

En ese orden, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica dictó la sentencia V-287-91 del 13 de marzo de 1990, la cual expresa:

[...] sin embargo, la previsión del artículo 8 de la CNACR no es innecesaria ni reiterativa, sino que constituye una garantía más para la protección de los derechos fundamentales de las personas menores de edad. En efecto, por medio de este precepto normativo se incorporan expresamente al ordenamiento interno las declaraciones de derechos de carácter supranacional; lo que vincula directamente al ordenamiento costarricense con tales declaraciones. De esta

²¹ NOGUEIRA ALCALÁ (Humberto). El Bloque de Constitucionalidad de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, año 13, núm. 2, 2015, p. 331.

²² ASTRUDILLO (César) (2014), p. 89, citado por NOGUEIRA ALCALÁ (Humberto), ob. cit. p. 335.

²³ NOGUEIRA ALCALÁ (Humberto). Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay* núm. 15, 2016, p. 113.

manera, los Tratados internacionales relativos a esta materia no son solo parte del ordenamiento interno; son, además, un patrón de interpretación de cualquier precepto, constitucional o legal, relativo al Código de la Niñez y la Adolescencia²⁴.

La Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, en funciones de Tribunal Constitucional, dictó en ese momento, la sentencia Núm. 93 del 10 de agosto de 2011, expresando:

Que este alto tribunal ratifica el criterio externado en su sentencia del 9 de febrero de 2005, según el cual: “Considerando, que conviene precisar, antes del análisis de la incidencia de las convenciones mencionadas sobre la ley cuestionada, cuya superioridad se aduce frente al derecho interno por ser aquellas normas del Derecho Internacional que el Derecho Interno, por oposición al primero, es el conjunto de normas que tienen por objeto la organización interna del Estado, lo que obvia y necesariamente incluye la Constitución del Estado de que se trate, por lo que resulta impropio afirmar que la convención prevalece sobre todo el derecho interno de la Nación dominicana, en razón de que ninguna norma nacional o internacional puede predominar por encima de la Constitución, que es parte, la principal, de nuestro Derecho Interno, lo que es hoy reconocido por nuestro derecho positivo al consagrar el artículo 1 de la Ley No. 76-02 (Código Procesal Penal), al referirse a la primacía de la Constitución y los tratados en el sentido de que estos “prevalecen siempre sobre la ley”, de lo que se infiere que si bien forman parte del derecho interno el conjunto de garantías reconocidas por la Constitución y la jurisprudencia constitucional, así como las normas supranacionales integradas por los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por el país, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que se ha dado en denominar bloque de constitucionalidad, que reconoce igual rango a las normas que lo componen, no menos cierto es que frente a una confrontación o enfrentamiento de un tratado o convención con la Constitución de la República, ésta debe prevalecer, de lo que se sigue que para que una ley interna pueda ser declarada inconstitucional, no es suficiente que ella contradiga o vulnere una convención o tratado del que haya sido parte del Estado Dominicano, sino que es necesario que esa vulneración alcance a la Constitución

²⁴ NOGUEIRA ALCALÁ (Humberto), ob. cit. p. 113.

misma, salvo el caso que se trate de una disposición sobre derechos humanos comprendida dentro del bloque de constitucionalidad, en razón, primero, del principio de soberanía de la Nación dominicana consagrado en el artículo 3 de nuestra Ley Fundamental y, segundo, de que no existe en derecho internacional regla general alguna según la cual, excepto que ello se consigne expresamente, una norma internacional habría de derogar automáticamente una norma interna, anterior o posterior, que le sea contraria, y menos si esa norma es parte de la Constitución del Estado.

La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia en atribuciones laborales, en la Sentencia No. 253 de fecha 2 de mayo de 2012, examinó un litigio sobre libertad sindical y aplicó la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical cuando sostuvo:

Considerando, que la vigencia de registro del sindicato de la organización de trabajadores del Indrhi, tenía al momento de realizar “un acuerdo de trabajo” no es objeto de controversia, y el convenio realizado con la organización sindical no ha sido objeto de nulidad por una autoridad judicial, pues un alegato sobre la calidad de los firmantes, no le elimina la eficacia del mismo, cuando no se probó ante la Corte a-qua los elementos necesarios ya sea de forma o de fondo acorde a las disposiciones del artículo 590 del Código de Trabajo o un vicio de consentimiento, no fueron aportados en forma clara e inequívoca ante los tribunales de fondo; Considerando, que como sostiene el Consejo de Administración de la Organización Internacional de Trabajo, que esta Corte admite en el uso de las doctrinas laborales propias del Bloque Constitucional, en el Comité de Libertad Sindical “El derecho de presentar peticiones constituye una actividad legítima de las organizaciones sindicales y los signatarios de peticiones de naturaleza sindical no deberían ser perjudicadas ni sancionadas por ese tipo de actividades” (V. 283, informe, caso núm. 1479, párrafo 97). En el caso de que se trata, existe un acuerdo entre un sindicato de una entidad del Estado, en la cual se le da vigencia y eficacia a la normativa laboral expresada en el Código de Trabajo; Considerando, que la parte recurrente entiende que la sentencia impugnada violenta la racionalidad de la ley, el principio III del Código de Trabajo, sin embargo, como ha sido juzgado por esta Suprema Corte de Justicia, “nada se opone a que el recurrente dentro de su autonomía legalmente establecida pueda convenir y pactar acuerdos de condiciones de trabajo con las personas que laboran en dicha institución, reconociendo en dicho convenio que el modus

operandi de sus relaciones de trabajo se regirán por las disposiciones del Código de Trabajo vigente, en la medida en que dichas disposiciones no colidan con las prerrogativas establecidas por la ley orgánica de dicha institución, que implícitamente descartan las disposiciones relativas al fuero sindical, pues con esto no se vulnera el Principio Fundamental de que el trabajo es una función social que se ejerce con la protección y asistencia del Estado y que los fines esenciales de las normas del derecho del trabajo son el bienestar humano y la justicia social” (sent. 26 de nov. 2003, B. J. núm. 1116, págs. 880-888); Considerando, que contrario a lo alegado por la recurrente la sentencia objeto del presente recurso no desconoce la racionalidad del contenido de la ley y realiza un uso correcto de los derechos fundamentales de la declaración de principios de la OIT del 1998 y las consecuencias propias de los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la libertad sindical y la negociación colectiva, ratificados por el Estado Dominicano, pero sobre todo la eficacia jurídica de los tribunales a los principios; al principio de legalidad y convenios relacionados con los derechos fundamentales y la obligación de los órganos jurisdiccionales de “armonizar los bienes o intereses protegidos por la Constitución” (ord. 4 del artículo 74 de la Constitución Dominicana), en ese tenor no se ha violado la racionalidad, ni las normas de interpretación.

La misma Sala de la Suprema Corte de Justicia en Sentencia del 16 de noviembre de 2016, definió la composición del bloque de constitucionalidad de la siguiente manera:

Considerando, que el Bloque de Constitucionalidad está compuesto por todas aquellas disposiciones y principios a los que se le reconoce valor constitucional; Considerando, que de acuerdo con la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (sent. 29 de enero de 1997, caso Gene Lacayo), la cual comparte esta corte, el debido proceso es “el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otra cualquiera”, en ese tenor, “para que exista debido proceso legal, es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad con otros justiciables”; Considerando, que del estudio del caso sometido no hay evidencia de que a la recurrente se le

hubieran violentado sus derechos fundamentales correspondientes a la persona como ciudadano, en tanto ejerce un trabajo establecido en la Constitución del 26 de enero del 2010 y sus derechos derivados y establecidos en los principios del Bloque de Constitucionalidad Laboral, ni en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, (OIT)²⁵.

El Tribunal Constitucional Dominicano ha definido el Bloque de Constitucionalidad en sentencia TC/0050/12, página 10, lo siguiente:

En ese orden de ideas, es preciso señalar que la Constitución de la República en su artículo 69.2, consagra el derecho fundamental de todo justiciable a una jurisdicción imparcial. En adición, este derecho fundamental lo reconocen algunos de los más importantes instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como lo son: (i) el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada mediante la Resolución No. 217A (III), de fecha diez (10) de diciembre del año mil novecientos cuarenta y ocho (1948), de la Asamblea General de la Naciones Unidas (ONU); (ii) el artículo 14, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; y (iii) el artículo 8.1, de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, estas últimas ratificadas por el Congreso Nacional mediante las resoluciones de fecha cuatro (4) y veintiuno (21) de enero de mil novecientos setenta y ocho (1978), respectivamente. Por tanto, dichas normas constituyen parte integral del bloque de constitucionalidad dominicano.

De lo anterior y sin entrar en diferencias ya examinadas bajo el mismo criterio respecto al vínculo²⁶ del Bloque de Constitucionalidad Francés, el Bloque de Constitucionalidad de España con el Bloque de Constitucionalidad en América Latina en la relación con derechos y; sobre todo, con derechos fundamentales y garantías. Por eso, Nogueira lo llama Bloque Constitucional de Derechos Fundamentales²⁷, estableciendo que es un bloque constitucional de derechos y no de normas sobre derechos²⁸.

²⁵ HERRERA CARBUCCIA (Manuel R.). *Jurisprudencia en Materia Laboral 2012-2018*. Estudios y sentencias, ed. Soto Castillo, Santo Domingo, República Dominicana, enero 2019, p. 90.

²⁶ PULIDO ORTIZ (Fabio Enrique). *Constitución y Bloque Constitucional*. Revista de Derecho Político UNED núm. 108, mayo-agosto 2020, p. 341-342.

²⁷ NOGUEIRA ALCALÁ (Humberto), ob. cit. p. 311.

²⁸ NOGUEIRA ALCALÁ (Humberto), ob. cit. p. 311.

Para Barbagelata²⁹, tomando como referente a la Corte Constitucional de Colombia en una sentencia de 1999, el bloque de constitucionalidad está compuesto por todas aquellas disposiciones y principios a los que se le reconoce valor constitucional, o sea, que dicho bloque está integrado no solo por normas o reglas; sino por principios. Estos son enunciados extraídos del sistema constitucional por la jurisprudencia y la doctrina³⁰.

5. Bloque de Constitucionalidad e interpretación expansiva

El carácter expansivo de la jurisprudencia con base en la doctrina laboral de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y de organismos o tribunales internacionales como la Corte Internacional de la Haya³¹, ha fallado reiteradamente sobre la amplitud del estudio del trabajo no manual por parte de la OIT.

Ese carácter expansivo no sólo aporta contenido impostergable para los laboristas del Derecho Internacional de Trabajo³², es también una fuente de interpretación. La interpretación de la norma laboral nacional de otros países, con base en la opinión de órganos de control de la OIT, como el Comité de Libertad Sindical de la OIT, ha sido examinada por la Corte Constitucional de Colombia, que, según el profesor Mario Pasco, establece una diferencia entre las recomendaciones que adopta la conferencia y las que emite un órgano de control, como el Comité de Libertad Sindical³³.

En ese mismo orden, la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia 568/99, estableció:

²⁹ BARBAGELATA (Héctor Hugo). *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*. Fundación de Cultura Universitaria FCU, Montevideo, Uruguay, 2ª ed. ampliada, marzo 2009, p. 223.

³⁰ BARBAGELATA (Héctor Hugo), ob. cit. p. 223.

³¹ CÓRDOBA (Efrén). *La Organización Internacional del Trabajo entre los requerimientos del pasado y las opciones del futuro*. Conferencia en la cátedra magistral Dr. Lupo Hernández Rueda, Facultad de Ciencias Jurídica, 2 de abril 1998, p. 28.

³² VILLASMIL PRIETO (Humberto). *Estudios de Derecho Internacional del Trabajo*, Universal Books, Panamá 2012, p. 598.

³³ PASCO COSMOPOLIS (Mario). *Naturalezas jurídicas de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT*, libro homenaje a Rolando Murgas, pág. 132.

[...] las recomendaciones de los órganos de control y vigilancia de la OIT no pueden ser ignoradas cuando resultan de actuaciones del estado contrarias a los tratados internacionales aludidos en el artículo 93 superior, aunque no sean vinculante directamente, generan una triple obligación en cabeza de los estados, deben ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas, servir de base para la presentación de proyectos legislativos y orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en los casos que sean similares³⁴.

Desde ese punto de vista una parte de la doctrina autorizada³⁵, basada en un pronunciamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica³⁶ sustentado en la Opinión Consultiva 5 de la Corte Internacional de los Derechos Humanos, de ahí que “no distan mucho de las realizadas por algunos comités y comisiones, como pueden ser en el campo laboral – la Comisión de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT³⁷. Esa presunción de validez³⁸, cercana a carácter de fuerza vinculante, puede derivarse del Artículo 26 de la Convención de Viena.

Esa posición, sostenida por el profesor Villavicencio³⁹ que, “si un Estado ratifica un convenio y este posee un órgano que interpreta su contenido y sus alcances, para actuar en consonancia con el principio de buena fe, debe acatar los pronunciamientos de tales órganos que especifican el alcance de las obligaciones internacionales”. Esa tesis ha sido ratificada por la Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en una visión expansiva del Bloque de Constitucionalidad en materia laboral que nos habla Barbagelata⁴⁰, también mantenido por nuestra Suprema Corte de Justicia⁴¹ para

³⁴ Sent. T-1211/00, del 18 de septiembre 2000, Tribunal Constitucional de Colombia; de forma reiterada sent. T-603/03, del 23 de julio 2003, Tribunal Constitucional de Colombia.

³⁵ ERMIDA (Oscar); VILLAVICENCIO RÍOS (Alfredo). *El Comité de Libertad Sindical*. Revista Laboral núm. 169, Montevideo, enero-marzo 1993, p. 191.

³⁶ Caso 2313 de 1995.

³⁷ PASCO COSMOPOLIS (Mario), ob. cit., p. 132-133.

³⁸ VILLAVICENCIO RÍO (Alfredo), ob. cit., p. 191.

³⁹ ERMIDA (Oscar); VILLAVICENCIO RÍOS (Alfredo), citado por Mario Pasco, ob. cit., p. 133.

⁴⁰ BARBAGELATA (Héctor Hugo), citado por Mario Pasco en el libro de Estudios de Derecho Internacional del Trabajo, ob. cit., p. 134.

⁴¹ SCJ, Tercera Sala, sent. 16 de noviembre 2016, B. J. Inédito, págs. 14-15, Rte. Ángela Grullón Reyes vs. JDA Inversiones.

darle salida a las complejidades, confusiones y situaciones no previstas en la legislación laboral vigente que requieren respuestas adecuadas y razonables.

Incorporación más notable y numerosa en las Constituciones Latinoamericanas de los principios laborales.

El derecho de trabajo tiene una serie de principios fundamentales en las áreas sustantiva y adjetiva procesal que les son propios y de la cual existen obras doctrinarias fundamentadas en nuestra dogmática⁴². Estos han tenido una presencia en las constituciones sociales latinoamericanas; sin embargo, en el nuevo constitucionalismo social; además de ser más numerosas su presencia sus en los textos, forman con los derechos fundamentales de un entramado, parte de un programa social general propio de un Estado social, que en nuestros países busca anular teorías estériles ante una realidad chocante.

Esos principios sirven para mantener vigente un modelo que pocas veces, según Baylos, es preciso armar; y estos han servido para vigorizar y fortalecer ese equilibrio social y procesal requerido ante una desigualdad material que causa injusticia y desosiego.

La Constitución Peruana en su Artículo 26 expresa: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación. 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”.

La Constitución de El Salvador del 19 de enero de 2000, establece la no discriminación por razones políticas, religiosas, raciales o de cualquier otra clase en relación al trabajo, estableciendo en su Artículo 82, Numeral 1 la igualdad en los salarios en idénticas condiciones.

La Constitución de la República de Ecuador de 1998, en su Artículo 35, numerales 1-4, expresa:

“1. La legislación del trabajo y su aplicación se sujetarán a los principios del derecho social.

2. El Estado propenderá a eliminar la desocupación y la subocupación.

⁴² PLÁ RODRÍGUEZ (Américo). Los principios del derecho del trabajo, 2ª ed. Depalma, Buenos Aires, 1978.

3. El Estado garantizará la intangibilidad de los derechos reconocidos a los trabajadores, y adoptará las medidas para su ampliación y mejoramiento.

4. Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación que implique su renuncia, disminución o alteración. Las acciones para reclamarlos prescribirán en el tiempo señalado por la ley, contado desde la terminación de la relación laboral...”.

Esta Constitución tiene la particularidad, que asume de manera general los principios del derecho laboral; pero remite a la legislación la aplicación de estos.

En la Constitución Bolivariana de Venezuela se establece el principio *in dubio pro operario* en su Numeral 5, Artículo 89, al expresar: “Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de determinada norma, se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad”.

El profesor Rolando Murgas⁴³ nos menciona al principio protector: Artículo 86, Constitución Paraguaya; artículos 46.11 y 48.11, constitución de Bolivia y; Artículo 62, Constitución Dominicana.

El referido profesor señala el principio de la primacía de la realidad⁴⁴ usado por nuestra jurisprudencia en la materia procesal respecto a la prueba, los hechos y situaciones cotidianas en la discusión de la naturaleza y calificación del contrato de trabajo. Este principio aparece en el Artículo 89.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el Artículo 53 de la Constitución de Colombia.

6. La presencia de los derechos fundamentales propios del trabajador y de este como ciudadano

Los derechos fundamentales lucen empoderados luego de la Constitución Alemana de 1949 y un resurgir en el constitucionalismo social latinoamericano. Con sus matices y sus interpretaciones estricta o expansiva, en nuestras cartas

⁴³ MURGAS TORRAZZA (Rolando), ob. cit. p. 36.

⁴⁴ MURGAS TORRAZZA (Rolando), ob. cit. p. 36.

magnas hay una visible y notoria interpretación de los derechos fundamentales del trabajo.

1. La Constitución Peruana de 1993 en su artículo 28 señala: “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1- Garantiza la libertad sindical. 2- Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. 3- Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones”.

2. La Constitución Dominicana establece en el Numeral 3 del Artículo 62, la libertad sindical, la seguridad social, la negociación colectiva, la capacitación profesional, el respeto a su capacidad física e intelectual, a su intimidad y a su dignidad personal. Establece en el Numeral 4 el derecho de los trabajadores a tener una organización libre y democrática. Estas disposiciones son armónicas con los derechos básicos.

3. La Constitución de Venezuela establece: “La ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Constitución” (Art. 95). Esta Carta Magna retoma el concepto de la estabilidad absoluta, con pírricos resultados por la situación de crisis de ese hermano país.

4. En la mayoría de los países de Latinoamérica se protege la libertad sindical y en algunos, como Bolivia, en su Artículo 51, Letra VI establece el Fuero Sindical.

5. En nuestros países, exista o no legislación específica, los trabajadores demandan a las empresas por acoso moral en el trabajo. Se fundamentan en la violación a la dignidad, a su intimidad, a su privacidad y a sus derechos fundamentales⁴⁵. Esta praxis es tan frecuente en nuestros países contra dirigentes sindicales, mujeres y sectores vulnerables, que se hizo cultura.

⁴⁵ SCJ, Tercera Sala, sent. 25 de junio 2018, caso (Hotel Sol de Plata vs. Doris Margarita Egalité).

7. Papel importante de los Tribunales Supremos y Cortes Constitucionales en la tutela judicial efectiva y en el desarrollo a los derechos fundamentales del trabajo

En nuestro país existía recelo para instalación de un Tribunal Constitucional. Un sector planteaba habilitar una sala a lo interno de la Suprema Corte de Justicia, otro sugería un tribunal al margen de la esfera judicial ordinaria, posición acogida sin muchos contratiempos.

El surgimiento de los Tribunales Constitucionales en nuestro continente es una realidad que ha fortalecido el llamado poder jurisprudencial de las Altas Cortes⁴⁶ y contribuye distintiva y visiblemente con colaborar en la institucionalidad en América Latina y el derecho de los trabajadores. En este orden, el Tribunal Constitucional Dominicano ha fallado sobre el fuero sindical, su carácter funcional y sus límites (TC/0563/15, 4 de diciembre 2015); sobre la importancia de las inspecciones de trabajo, el principio protector y lo cataloga como necesario para equilibrar las actividades propias de la relación de trabajo (TC/0181/13, 11 de octubre 2013); la competencia de la jurisdicción laboral ordinaria de los conflictos que surjan con motivo de la aplicación de las leyes, reglamentos de trabajo y de los estatutos de trabajo (TC/589/15, 14 de diciembre de 2015).

El Tribunal Constitucional Dominicano, indiscutidamente, ha venido a resolver en forma clara y en apego a la Ley 41-08 de Función Pública, las graves injusticias cometidas al inicio de cada período gubernamental, desvinculando a personas con años de trabajo. Al este respecto, el Tribunal Constitucional ha dicho:

Al analizar la sentencia recurrida, este tribunal aprecia que el juez de amparo realizó una correcta interpretación de la Constitución y la ley, al determinar que la destitución del señor Keiter Remedio Díaz de la Cruz, por la Sala Capitular de Ayuntamiento de Jimaní, sin causa justificada, violó el derecho al trabajo establecido en el artículo 62 de la Constitución, el cual dispone: El trabajo es un derecho, un deber y una función social que se ejerce con la protección y

⁴⁶ RAY GUEVARA (Milton). Discurso del presidente del Tribunal Constitucional, tomo I, Santo Domingo, República Dominicana, 2014, p. 9.

asistencia del Estado. Es finalidad esencial del Estado fomentar el empleo digno y remunerado. Los poderes públicos promoverán el diálogo y concertación entre trabajadores, empleadores y el Estado. De lo anterior se colige que al señor Keiter Remedio Díaz de la Cruz le fue violentado además del derecho al trabajo, la tutela judicial efectiva. Con su accionar la Sala Capitular del Ayuntamiento de Jimaní incurrió en violación a lo establecido en el mencionado artículo 46 de la Ley núm. 3455, modificada por la Ley núm. 273, y al párrafo transitorio del artículo 81 de la Ley núm. 176-07, toda vez que al ser destituido la Sala Capitular no respetó el mandato del artículo 69.10 de la Constitución sobre el debido proceso, el cual dispone que “las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas⁴⁷.”

La tutela judicial efectiva está definida en el Artículo 69 de la Constitución como:

Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso que estará conformado por las garantías mínimas que se establecen a continuación:

- 1) El derecho a una justicia accesible, oportuna y gratuita;
- 2) El derecho a ser oída, dentro de un plazo razonable y por una jurisdicción competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley;
- 3) El derecho a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se haya declarado su culpabilidad por sentencia irrevocable;
- 4) El derecho a un juicio público, oral y contradictorio, en plena igualdad y con respeto al derecho de defensa;
- 5) Ninguna persona puede ser juzgada dos veces por una misma causa;
- 6) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo;
- 7) Ninguna persona podrá ser juzgada sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formalidades propias de cada juicio;
- 8) Es nula toda prueba obtenida en violación a la ley;
- 9) Toda sentencia puede ser recurrida de conformidad con la ley. El tribunal superior no podrá agravar la sanción impuesta cuando sólo la persona condenada recurra la sentencia;
- 10) Las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

⁴⁷ PERDOMO CORDERO (Nassef). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional dominicano 2015, Santo Domingo, República Dominicana, 2017, p. 323.

La base normativa constitucional ha sido con la jurisprudencia constitucional, una fortaleza para las garantías de los derechos fundamentales. La contribución de la Suprema Corte de Justicia Dominicana ha sido loable.

8. Diálogo judicial

La globalización judicial en forma creciente y sostenida y formal entre funcionarios judiciales, de todos los niveles... está configurando una comunidad⁴⁸, que busca dar respuestas a problemas comunes, adquiriendo así merecida relevancia con el constitucionalismo social.

La interrelación entre tribunales de justicia sobre derechos humanos tiene un uso, como sostiene Brewer Carías, gracias a las cláusulas de remisión previstas en las constituciones⁴⁹. Esta técnica enriquecida en el constitucionalismo latinoamericano ha permitido considerar como derechos humanos los inherentes a la persona humana declarados en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, permitiendo su inmediata aplicación en el orden interno⁵⁰, tiene una eficacia directa.

La comunicación entre tribunales en un diálogo por la protección de un derecho común interamericano, tiene notable relevancia en la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) por su competencia y considerando sus excepciones. Casos: Bolivia, Ecuador, Venezuela y República Dominicana. Así mismo, su influencia en los tribunales con su jurisprudencia, que ha servido para toda Latinoamérica. Ejemplo: La Suprema Corte de Justicia define al debido proceso como “aquel en el cual los justiciables, sujeto activo y pasivo, concurren al mismo en condiciones de igualdad dentro de un marco de garantías, de tutela y respeto de los derechos, libertades y garantías

⁴⁸ ACOSTA ALVARADO (Paola Andrea). *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*. El caso interamericano. Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., enero 2015, Colombia, p. 93.

⁴⁹ BREWER CARÍAS (Allan). La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cuestión de inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela, *Gaceta Constitucional*, T. 16, Lima 2009, p. 31-34, citado por ACOSTA ALVARADO (Paola Andrea), ob. cit. p. 111

⁵⁰ BREWER CARÍAS (Allan), ob. cit. p. 334, citado por ACOSTA ALVARADO (Paola Andrea), ob. cit. p. 101.

fundamentales, que le son reconocidos por el ordenamiento, a fin de concluir en una decisión justa y razonable”.

Esa relación de diálogo judicial que da, además de un escenario judicial a otro⁵¹, la utilización de un derecho internacional del trabajo con rasgos comunes así, será utilizada por la Suprema Corte de Justicia Dominicana en varias decisiones⁵².

El Tribunal Constitucional Dominicano, en sentencia TC/0270/13 de fecha 20 de diciembre de 2013, en una acción directa de inconstitucionalidad del Artículo 641 del Código de Trabajo, con relación al límite del recurso de casación, decide rechazar la admisión tomando como referencia la Sentencia del 2 de julio de 2004, de la Corte Constitucional de Colombia, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, que expresó:

9.1 En cuanto a la alegada violación a la facultad constitucional de la Suprema Corte de Justicia para conocer de los recursos de casación (art. 154, numeral 2, de la Constitución de la República) 9.2 La empresa accionante, Basola Corporation, alega en su escrito introductorio, que los artículos 482 y 641 del Código de Trabajo desconocen la facultad constitucional de la Suprema Corte de Justicia para conocer de los recursos de casación, ya que el legislador ordinario no puede limitar ni suprimir el ejercicio de dicho recurso. Por lo anterior, sostiene que por medio de la disposición del artículo 641 del Código de Trabajo, al establecer que para la admisibilidad de un recurso de casación en materia laboral se requiere que el monto de la condenación inserta en la sentencia recurrida supere los veinte (20) salarios mínimos, el legislador instituye, a juicio de la empresa accionante, una formalidad procesal que resulta inconstitucional. 9.3 En ese sentido, es necesario precisar que las disposiciones establecidas en el artículo 5, párrafo II, literal c) de la Ley núm. 491-08, de fecha diecinueve (19) de diciembre de año dos mil ocho (2008), que modifica la Ley núm. 3726, del año mil novecientos cincuenta y tres (1953), sobre el Procedimiento de Casación, que establece la inadmisibilidad del recurso de casación cuando la condenación impuesta en la sentencia recurrida no supere la cuantía de doscientos (200) salarios mínimos del más alto establecido para el sector privado, no aplica para

⁵¹ BUSTOS GIBBERT (Rafael). *XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales*. Revista Española de Derecho Constitucional núm. 95, 2012, p. 13-63.

⁵² SCJ, Tercera Sala, sent. 26 de junio 2013, núm. 72, B J. 1231, p. 2120.

la materia laboral, pues la Suprema Corte de Justicia ha señalado que dicha disposición legal no deroga el artículo 641 del Código de Trabajo, que sólo exige un monto superior a los veinte (20) salarios mínimos para la admisibilidad de la casación. En tal virtud, la Suprema Corte estableció en el año dos mil diez (2010): Considerando, que la modificación hecha por la Ley núm. 491-08, del 19 de diciembre de 2008, a la Ley sobre Procedimiento de Casación no se aplica en esta materia por mandato expreso de dicha Ley y porque el monto de las condenaciones a tener en cuenta para la admisibilidad de un recurso de casación está consignado en el artículo 641 del Código de Trabajo, el cual expresa que no se admitirá el recurso de casación contra la sentencia cuyas condenaciones no excedan el monto de veinte salarios mínimos (sic) (Sent. núm. 37 de fecha 27 de enero del 2010; B.J. núm. 1190; 3ra Cám. S.C.J.). 9.4 En cuanto a la inconstitucionalidad o no de la limitación legal al ejercicio del recurso de casación, tomando en cuenta la cuantía de la condenación pecuniaria de la sentencia recurrida, el tribunal es de criterio que el legislador goza de un poder de configuración razonable de los procedimientos judiciales, lo que le permite regular todos los aspectos relativos al proceso jurisdiccional incluyendo el sistema de recursos, teniendo como límites los valores, principios y reglas de la Constitución de la República y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, así como el contenido esencial de los derechos fundamentales. Este criterio ha sido reconocido por la jurisprudencia interamericana cuando admite que los estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos “tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso” (ver acápite 161 de la Sentencia, de fecha dos (2) de julio del año dos mil cuatro (2004) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica). 9.5 El recurso de casación, si bien goza de un reconocimiento constitucional al estar señalado en el numeral 2° del artículo 154 de la Constitución de la República como una de las atribuciones que corresponden a la Suprema Corte de Justicia, su configuración, en cambio, resulta materia de reserva de ley al disponer dicho texto constitucional que el recurso sería conocido “de conformidad con la ley”. De lo anterior se deriva el poder de configuración del legislador para regular el derecho al recurso, teniendo el mismo potestad para establecer requisitos para su interposición. Este último criterio ha sido reconocido reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional dominicano cuando ha tenido la

ocasión de referirse a la regulación del derecho al recurso por parte del legislador ordinario, el cual se deduce de las disposiciones del artículo 149, párrafo III, de nuestra Carta Magna, que establece que el derecho a recurrir está “sujeto a las condiciones y excepciones que establezcan las leyes” (ver Sentencia TC/0007/12, de fecha 22 de marzo de 2012 (acápito 9, literal c); pág. 10); Sentencia TC/0059/12, de fecha 2 de noviembre de 2012 (acápito 9, numeral 9.2; pág. 10); y la Sentencia TC/0008/13, de fecha 11 de febrero de 2013 (acápito 10, numeral 10.3; pág. 13), todas del Tribunal Constitucional dominicano). 9.6 Nada impide al legislador ordinario, dentro de esa facultad de configuración de las condiciones y excepciones para recurrir, establecer limitaciones en función de la cuantía de la condenación impuesta por la sentencia recurrida, atendiendo a un criterio de organización y racionalidad judicial que garantice un eficiente despacho de los asuntos en los tribunales de justicia. Vale recordar el carácter excepcional de la casación, recurso extraordinario que sólo procede en los casos en que la ley de manera expresa lo señale, a diferencia del recurso de apelación o de oposición, que son recursos ordinarios y de pleno derecho y siempre son permitidos, a menos que la ley los prohíba de manera expresa. Este criterio ha sido reconocido además por otros tribunales constitucionales del hemisferio americano, como ocurre por ejemplo con la Corte Constitucional de Colombia, la cual ha señalado respecto de la limitación del recurso de casación, en razón de la cuantía de la condenación, lo siguiente: Como ya se señaló, el actor considera que la limitación de la posibilidad de recurrir en casación, con base en la cuantía de la resolución desfavorable, viola el principio de igualdad y el derecho de acceso a la justicia (...). El problema que plantea la demanda es entonces si la ley puede limitar el acceso a la casación con base en la cuantía de lo debatido, o si esa restricción desconoce la igualdad y el acceso a la justicia (...) la casación, tal y como esta Corte lo ha señalado, no pretende “enmendar cualquier error ocurrido en las instancias”, sino que es “un recurso extraordinario que pretende lograr la mayor coherencia posible del sistema legal, al lograr el respeto del derecho objetivo y una mayor uniformidad en la interpretación de las leyes por los funcionarios judiciales”. Es pues un recurso extraordinario, que tiene esencialmente una función sistémica, por lo cual no puede confundirse con una tercera instancia, o con un mecanismo para enfrentar errores judiciales. Es entonces razonable concluir que en materia de casación, “la regla general es la improcedencia del recurso; la excepción, su procedencia, en los casos previstos

en la ley”. Por ello, la ley puede establecer requisitos más severos para acceder a este recurso, e incluso para que pueda prosperar, sin que ello signifique que, por ese solo hecho, haya una restricción al acceso a la justicia (...). Esa posibilidad de distribuir competencias y establecer limitaciones a los recursos por razones de cuantía ha sido reiterada ampliamente por decisiones posteriores (...). Por consiguiente, y contrariamente a lo sostenido por el actor (...) en manera alguna, implica que la ley no pueda limitar el acceso a la casación con base en la cuantía de la resolución desfavorable al recurrente (sic) (Sent. C-1046/01 de fecha 4 de octubre del 2001 de la Corte Constitucional de Colombia).

9.7 En tal virtud y en atención a las anteriores consideraciones respecto de la facultad configurativa del legislador en materia de recursos y la factibilidad jurídica de establecer limitaciones a los recursos sobre la base de la cuantía de una condenación judicial, procede, en consecuencia, rechazar la presente acción directa de inconstitucionalidad por no violentarse la disposición constitucional invocada.

El dialogo social entre los tribunales de Altas Cortes, tribunales y cortes de los derechos humanos es un proceso gestáltico. Para Bustos ese proceso de comunicación ha de tratarse de un proceso deliberativo⁵³, basado en el mutuo reconocimiento (implícito o explícito) del otro interlocutor válido⁵⁴. , En el escenario dominicano, además del Bloque de Constitucionalidad y; en especial de los convenios, recomendaciones, jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical y la opinión del Comité de Expertos de la OIT; pero más aún, la fuente normativa de las constituciones sociales latinoamericanas y sus órganos de interpretación; en nuestro caso, el Tribunal Constitucional Español, el Tribunal Constitucional de Perú, la Sala Constitucional de Costa Rica y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

⁵³ ALVARADO ACOSTA (Paola Andrea), ob. cit. p. 97, nos cita a BUSTOS GISBERT (Rafael), ob. cit. p. 37, cuando “a este respecto no podemos sino compartir con Torres que el diálogo judicial descrito asume la forma de un proceso deliberativo o, en los términos de Staughter, una forma de deliberación colectiva. Esto es, proceso de adopción de decisiones respectiva que finaliza con la adopción de una solución compartida. No se trataría, pues, en los términos de Trembly, de una mera conservación, sino de una conversación, una auténtica deliberación dado el carácter necesario que reviste”.

⁵⁴ ALVARADO ACOSTA (Paola Andrea), ob. cit. p. 97.

Finalmente, el diálogo social latinoamericano es una arista en el diseño arquitectónico, para la construcción de un constitucionalismo social nuevo, que busca un derecho común, efectivo y transformador.

9. Mayor enunciación de las normas laborales en forma expansiva

Cuando se habla de mayor enunciación involucramos, además de las normas laborales constitucionales iniciada en forma especial en Latinoamérica por un *petite* estatuto, expresado en el Artículo 123 de la Constitución de Querétaro, creciente por las diversas influencias ya evidenciadas procedentes: Weimar, Constitución Española de 1931, Francesa de 1946, Alemana de 1949; se destaca la centralidad de la figura del trabajo en las constituciones sociales. Veamos:

Constitución Italiana: *“es una República democrática fundada en el trabajo”*. Constitución Española de 1931: “España es una república de trabajadores de toda clase”. Constitución Dominicana: Artículo 7: “La República... está fundada en el respeto a la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos”.

Constitución Bolivariana de Venezuela: “La educación y el trabajo son los procesos fundamentales...”⁵⁵, para alianzar los fines “reconocidos y consagrados en la Constitución”. En la Constitución de Perú, Artículo 23: “el trabajo, en sus diversas modalidades es objeto de atención protectora del Estado”.

Ese carácter expansivo se extiende a todo tipo de trabajo, subordinado o no. En ese sentido la Constitución de Ecuador, Artículo 36: protege a los trabajadores del sector informal, igualmente lo hace la Constitución Dominicana mediante la indicación expresa de “La ley según requiera el interés general... dispondrá todas las medidas que se considere necesarias a favor de los

⁵⁵ Art. 3, parte final, Constitución venezolana.

trabajadores, incluyendo regulaciones especiales para el trabajo informal, a domicilio y cualquier modalidad del trabajo humano...”⁵⁶.

De lo anterior, se infiere la importancia del trabajo en los contenidos de las Cartas Magnas propias del constitucionalismo social latinoamericano.

10. Posicionamiento evidente de los derechos sociales

El Estado social de derecho tiene como característica principal la inclusión de los derechos sociales sin tener que enumerarlos. Puede afirmarse, que todas las constituciones promulgadas bajo el amparo de la influencia de la Constitución Española de 1978⁵⁷, los derechos sociales juegan un papel central como motor de cambio. Se busca en las normas programáticas, su exigibilidad, eficacia y operatividad.

11. Constituciones de compromiso

Sin estigmatizar la suerte de las Constituciones de Weimar, Española de 1931 y Dominicana de 1963; por situaciones históricas ajenas a las dimensiones económica, política y jurídica es preciso un nuevo equilibrio social, que haga sostenible su estructura; donde el programa constitucional se plasme en una democracia social acorde a la realidad y las necesidades de nuestros países.

El constitucionalismo latinoamericano, luego de la oleada del constitucionalismo español de la transición de 1978, tiene sus características propias, porque sus finalidades son diferentes a la europea. Este requiere y tiene un compromiso del contenido que, respecto a premonición Ackerman, se relaciona con la norma y falta de sinceridad de los constituyentes⁵⁸.

Sin incurrir en extremismos, todavía hay muchas normas programáticas que requieren ser promulgadas y puestas en práctica. Hacerlo no conlleva

⁵⁶ Art. 62, numeral 7, Constitución dominicana 2010.

⁵⁷ FERNÁNDEZ SEGADO (Francisco) (coord.). La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano. Ministerio de la presidencia, Secretaría General Técnica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003.

⁵⁸ ACKERMAN (Mario), ob. cit. p. 5.

ningún grado genialidad, solamente ser un terrícola y habitar de este lado del atlántico; sin embargo, hay un compromiso, que se vive y recibe con las garantías de los Tribunales Constitucionales y Tribunales Supremos, que validan derechos y garantías constitucionales laborales establecidos. Consideremos siempre, que estamos frente constitucionalismo en construcción, de sociedades con necesidades sociales enormes y con situaciones complejas y difíciles.

Bibliografía

- ACOSTA ALVARADO, P. A. (2015). *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*. Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., Colombia.
- BARBAGELATA, H. H. (2009). *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*. 2ª ed. Ampliada. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay.
- BLANCAS BUSTAMANTE, C. (1982). "La Constitución de 1979 y el derecho del trabajo". *Derecho PUCP*. Revista de la Facultad de Derecho núm. 36.
- BREWER CARÍAS, A. (2009). "La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cuestión de inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela", *Gaceta Constitucional*, T. 16, Lima.
- BUSTOS GIBBERT, R. (2012). "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales". *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95.
- CÓRDOBA, E. (1998). *La Organización Internacional del Trabajo entre los requerimientos del pasado y las opciones del futuro*. Conferencia en la cátedra magistral Dr. Lupo Hernández Rueda, Facultad de Ciencias Jurídicas.
- ERMIDA, O. y VILLAVICENCIO RÍOS, A. (1993). "El Comité de Libertad Sindical". *Revista derecho laboral*, núm. 169, Montevideo.
- ESTRADA VÉLEZ, S. I. (2006). *Principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. Universidad de Medellín, Sello Editorial.
- FAVOREAU, L. (1990). "El Bloque de la constitucionalidad". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Núm. 5, enero-marzo, Madrid.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2003). *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*. Ministerio de la presidencia, Secretaria General Técnica. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

- GARCIA PELAYO, M. (1991). *El Estado social y sus implicaciones en las transformaciones del Estado contemporáneo*, obras completas (II). Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- HERNÁNDEZ ALVAREZ, O. (2016). *El sistema de fuentes como medio de obtener una visión general del derecho de trabajo en América Latina*, Caracas, Venezuela.
- HERRERA CARBUCCIA, M. R. (2019). "Jurisprudencia en Materia Laboral 2012-2018". *Estudios y sentencias*. Ed. Soto Castillo, Santo Domingo, República Dominicana.
- MURGAS TORRAZZA, R. (2013). *El nuevo constitucionalismo social y su impacto en la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores y con los derechos sociales como derechos humanos versión revisada*, Conferencia magistral presentada en el 7mo. Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, del 30 de abril al 4 de mayo de 2013.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2015). "El Bloque de Constitucionalidad de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia." *Estudios Constitucionales*, año 13, núm. 2.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2016). "Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina". *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay, núm. 15.
- OLLERO TASSARA, A. (2003). "Estado social y democrático de derecho. Algo más que retórica", en Antonio V. Sempere Navarro (Director); Rodrigo Martín Jiménez (Coordinador), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- PERDOMO CORDERO, N. (2017). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional dominicano 2015*. Santo Domingo, República Dominicana.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1978). *Los principios del derecho del trabajo*. 2ª ed. Depalma, Buenos Aires.

- PULIDO ORTIZ, F. E. (2020). “Constitución y Bloque Constitucional”. *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 108.
- RAY GUEVARA, M. (2014). Discurso del presidente del Tribunal Constitucional. Tomo I, Santo Domingo, República Dominicana.
- SOTELO, I. (2010). *El Estado social. Antecedentes, desarrollo y declive*, ed. Trotta, Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid.
- VEDEL, G. (1989). “La place de la declaration de 1789 dans le bloc de constitutionalité”, *La declarations des droits de l’homme et du catoyen et la jurisprudence*, PUF.
- VILLASMIL PRIETO, H. (2012). *Estudios de Derecho Internacional del Trabajo*. Universal Books, Panamá.

ENMIENDA CONSTITUCIONAL N° 115/2022 Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES

CONSTITUTIONAL AMENDMENT N° 115/2022 AND THE PROTECTION OF PERSONAL DATA IN THE FIELD OF EMPLOYMENT RELATIONS

Nelson MANNRICH

Máster, Doctor, Habilitación en Derecho y Profesor de Derecho del Trabajo (jubilado), Facultad de Derecho, Universidad de San Pablo. Presidente de Honor y miembro de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo. Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Coordinador del GETRAB-USP. Abogado asociado de Mannrich e Vasconcelos Advogados.

nelsonmannrich@mannrichvasconcelos.com.br

Alessandra BARICHELO BOSKOVIC

Maestría y Doctorado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Paraná (Brasil), con pasantía doctoral en la Facultad de Derecho, Universidad de Fordham (Estados Unidos). Profesor de Derecho Laboral, carrera de Derecho, Universidad Presbiteriana Mackenzie (Brasil). Investigador del GETRAB-USP. Socio de Mannrich e Vasconcelos Abogados.

alessandraboskovic@mannrichvasconcelos.com.br

Fecha de envío: 24/07/2023

Fecha de aceptación: 30/08/2023

ENMIENDA CONSTITUCIONAL N° 115/2022 Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES

Nelson MANNRICH

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Alessandra BARICHELO BOSKOVIC

Universidad Presbiteriana Mackenzie (Brasil)

Resumen: La protección de datos personales, en Brasil, comenzó a ser discutida con miras a una Ley General recién a fines de 2010. Desde entonces, se han dado pasos importantes: en abril de 2014, se promulgó la Ley N° 12.965/14, conocida como Marco de Derechos Civiles para Internet; en agosto de 2018 se publicó la Ley N° 13.709/18, conocida como Ley General de Protección de Datos – LGPD; Más recientemente, en febrero de 2022, entró en vigencia la Enmienda Constitucional N° 115, que consagró en la Constitución el derecho fundamental a la protección de datos personales. Este importante marco normativo es aplicable a las relaciones laborales, aunque sin disposición expresa: como la CLT y la escasa legislación no regulan la protección de datos de carácter personal, las mismas normas se aplican tanto a las relaciones contractuales comunes, como a las de consumo, laborales o de cualquier otra índole. A partir de la fase de reclutamiento y selección, el empleador ocupa el cargo de responsable del tratamiento de los datos personales, no solo de quienes se convertirán efectivamente en sus empleados, sino también de otros candidatos no contratados y despedidos con posterioridad. Y no hay manera de ser diferente. La recogida de determinados datos personales es inherente al proceso de toma de decisiones que culminarán o no con la contratación del trabajador.

Palabras clave: Datos personales - LGPD - CE N° 115/2022

Sumario: 1. Introducción. 2. Evolución regulatoria en Brasil: del PL N° 4.060/2012 a la LGPD. 3. CE N° 115/2022: el derecho constitucional a la protección de datos. 4. Protección de datos personales en las relaciones laborales. 5. Consideraciones finales.

Abstract: The discussion on a General Law for the protection of personal data in Brazil only began at the end of 2010. Since then, important steps have been taken: in April 2014, Law No. 12,965/14, known as the Internet Act, was enacted; in August 2018, Law No. 13,709/18 (General Data Protection Law – LGPD) was published; more recently, in February 2022, Constitutional Amendment No. 115 came into force, which enshrined the fundamental right to the protection of personal data. This important regulatory framework is applicable to labor relations, although there is no express provision for this: as the CLT and sparse labor legislation do not regulate the protection of personal data, the same rules apply to common contractual relations, as well as to those of consumer, labor or any other nature. It is worth remembering that, from the recruitment and selection phase, until the effective employment contract, the employer acts as a controller of personal data, not only of those who will effectively become their employees, but also of the other non-hired candidates. And it can't be any different. The collection of certain personal data is inherent in the decision-making process itself that will culminate or not in the admission of the worker.

Keywords: Personal data - LGPD - Constitutional Amendment No. 115/2022

Summary: 1. Introduction. 2. Regulatory evolution in Brazil: from PL No. 4.060/2012 to the LGPD. 3. CE No. 115/2022: the constitutional right to data protection. 4. Protection of personal data in labor relations. 5. Final considerations.

1. Introducción

La Enmienda Constitucional N° 115, de 10 de febrero de 2022, modificó la Constitución Federal para incluir la protección de datos personales entre los derechos y garantías fundamentales y establecer la competencia exclusiva de la Unión para legislar sobre la materia. Agregó el inciso LXXIX al artículo 5, así como el inciso XXVI al artículo 21, y el inciso XXX al artículo 22.

En consecuencia, el derecho a la protección de datos personales asume un *estado* de un derecho fundamental autónomo, sin conexión normativa con el derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones (incisos X y XII, respectivamente, del artículo 5 de la Constitución Federal).

La trayectoria que culminó con la constitucionalización del derecho a la protección de datos personales comenzó mucho antes. En la legislación infraconstitucional, se pueden mencionar el Marco de Derechos Civiles en Internet y la Ley General de Protección de Datos – LGPD (Leyes N° 12.965/2014 y 13.709/18, respectivamente). A nivel internacional, destacan aún antes la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2012, el Reglamento 2016/679 y la Directiva 2016/680, del Parlamento Europeo y del Consejo.

Este marco normativo tiene una relevancia significativa en el contexto de las relaciones laborales. Esto se debe a que el empleador o proveedor de servicios inevitablemente recopilará una serie de datos personales del trabajador y, en su caso, de sus dependientes y terceros.

2. Evolución regulatoria en Brasil: del PL N° 4.060/2012 a la LGPD

Vivimos tiempos de grandes transformaciones y nos encontramos en medio de una nueva revolución, la denominada Cuarta Revolución Industrial, debida en particular a la robótica y la inteligencia artificial, así como a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, donde nuevos sistemas inteligentes y nuevas formas de trabajar determinan el surgimiento de la denominada economía colaborativa. Llama la atención la espectacular base de datos recopilada –*grandes datos*– y su tratamiento casi simultáneo.

Este tema de la recolección y tratamiento de datos personales lleva al Derecho del Trabajo a repensarse en nuevas dimensiones y abre una terrible paradoja: al mismo tiempo que se refuerzan y revisitan los principios que sustentan la dignidad del trabajador como persona humana, su intimidad y vida privada se encuentran más vulnerables que nunca, como si fueran meras mercancías. Los límites entre la vida personal y profesional son cada vez más difusos.

Las discusiones académicas sobre la protección de datos personales no son nuevas, pero el debate sobre una *ley General*, en Brasil, solo comenzó a fines de 2010. El primer proyecto de ley del Poder Ejecutivo (Ministerio de Justicia) ofrecido para consulta pública puede considerarse el punto de partida.

Según Mariana Marques Rielli, la falta de una regulación general para la protección de datos personales dejó a Brasil fuera de sintonía con otros países, provocando un doble efecto: “al mismo tiempo, no protegía a los ciudadanos contra el uso abusivo de sus datos personales y creaba un escenario de inseguridad jurídica por la ausencia de normas estandarizadas para los más diversos sectores que manejan datos”¹.

Por eso mismo, el proyecto de ley buscó estructurarse en un listado de principios de protección de datos personales compatibles con la regulación internacional en la materia: finalidad, necesidad, proporcionalidad, calidad, transparencia, seguridad y libre acceso. La base legal del consentimiento recibió gran énfasis.

En julio de 2012, la Asamblea Legislativa propuso un nuevo proyecto (PL N° 4060/2012). En 2013, a raíz del escándalo de espionaje revelado por el exanalista de la Agencia de Seguridad Nacional estadounidense, Edward Snowden, se intensificaron las discusiones sobre la protección de datos personales. Se creó la CPI - Comisión de Investigación del Espionaje Parlamentario y se presentaron en el Senado dos nuevos proyectos de ley: PL N° 131/2014 y PL N° 330/2013. El primero, derivado del CPI, estableció reglas y

¹ RIELLI, Mariana Marqués. El proceso de construcción y aprobación de la Ley General de Datos Personales: bases jurídicas para el tratamiento de datos en un debate multisectorial. Revista de abogados, São Paulo, SP, año XXXIX, N° 144, p. 7-14 de noviembre 2019.

restricciones a la circulación de datos personales; el segundo, introdujo normas más amplias².

Aprobado en 2014, el Marco de Derechos Civiles para Internet (Ley N° 12.965/2014) estableció un “microsistema” para la protección de datos personales en el entorno virtual.

Casi un año después, el Ministerio de Justicia realizó una nueva consulta pública sobre su proyecto de ley. Con ello, los debates sobre las propuestas aún en curso en la Cámara y el Senado cobraron nuevo ímpetu. En 2016, la entonces Presidenta de la República, Dilma Rousseff, envió al Congreso Nacional el PL N° 5.276/2016, que pasó a trámite junto con el PL N° 4.060/12.

El 14 de agosto de 2018 se promulgó la Ley General de Protección de Datos, conocida como LGPD (Ley N° 13.709/18). Publicada en el DOU (Diario Oficial) el 15 de agosto, inicialmente se esperaba que la ley entrara en vigor 18 meses después, es decir, en febrero de 2020. Sin embargo, la Medida Provisional (MP) N° 869/18 (convertida en Ley N° 13.853/2019) modificó la redacción del art. 65, de la LGPD, para aplazar la fecha de entrada en vigor de parte de sus dispositivos³. Posteriormente, la MP 959/20 (convertida en Ley N° 14.058/20) y la Ley N° 14.010/20 modificaron nuevamente la redacción de este artículo. Según la redacción final del artículo 65, que se transcribe a continuación, la LGPD entró en vigor en 3 fechas distintas, según la materia:

Art. 65. Esta Ley entra en vigencia: (Redacción proporcionada por la Ley N° 13.853, de 2019)

I - 28 de diciembre de 2018, en cuanto a los arts. 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A y 58-B; y (Incluido por la Ley N° 13.853, de 2019)

I-A – 1 de agosto de 2021, respecto de los arts. 52, 53 y 54; (Incluido por la Ley N° 14.010, de 2020)

² RIELLI, Mariana Marqués. Transmisión exterior. cit.

³ Art. 65. Esta Ley entra en vigor: (Redacción dada por la Medida Provisional N° 869, de 2018)
I - 28 de diciembre de 2018, en cuanto a los arts. 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A y 58-B; y (Incluido por la Medida Provisional N° 869, de 2018)
II - 24 (veinticuatro) meses después de la fecha de su publicación, respecto de los demás artículos. (Incluido por la Medida Provisional N° 869, de 2018)

II - 24 (veinticuatro) meses después de la fecha de su publicación, respecto de los demás artículos. (Incluido por la Ley N° 13.853, de 2019)

Según Patricia Peck Pinheiro, en términos de la realidad brasileña, el plazo previsto por la LGPD para que las empresas, el gobierno y la sociedad civil conozcan e implementen las medidas necesarias para cumplir con sus disposiciones puede considerarse corto⁴. Esto explica los sucesivos aplazamientos de la fecha de entrada en vigor de disposiciones de la ley, al contrario de lo ocurrido con el RGPD, de la Unión Europea⁵.

La LGPD brasileña se basa en: “respeto por la privacidad; autodeterminación informativa; libertad de expresión, información, comunicación y opinión; la inviolabilidad de la intimidad, el honor y la imagen; desarrollo económico y tecnológico e innovación; libre iniciativa, libre competencia y protección al consumidor; y los derechos humanos, el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad y el ejercicio de la ciudadanía por las personas naturales” (art. 2).

La norma se aplica a cualquier operación de tratamiento realizada por una persona física o jurídica de derecho público o privado, independientemente del medio, del país de su sede o del país donde se encuentren los datos, siempre que: la operación de tratamiento se realice en territorio brasileño; la actividad de procesamiento tiene como objetivo la oferta o suministro de bienes o servicios o el procesamiento de datos de personas físicas ubicadas en el territorio brasileño; o los datos personales objeto del tratamiento hayan sido recogidos en el territorio brasileño⁶ (artículo 3).

No está amparado por ley, sin embargo, el tratamiento de datos personales (i) realizado por una persona física, con fines exclusivamente privados y no económicos; (ii) realizadas exclusivamente con fines periodísticos, artísticos, académicos, de seguridad pública, de defensa nacional, de seguridad

⁴ PINHEIRO, Patricia Peck. Protección de Datos Personales: Comentarios a la Ley n. 13.709/2018 (LGPD). 3ra ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 52

⁵ El Parlamento Europeo y el Consejo Europeo aprobaron el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) el 27 de abril de 2016, tras cuatro años de debates. La regulación entró en vigencia solo dos años después, el 25 de mayo de 2018. Este es un período razonable para que las instituciones encargadas del procesamiento de datos se adapten al nuevo marco regulatorio.

⁶ Los datos personales cuyo titular se encuentra en el territorio brasileño en el momento de la recogida se consideran recogidos en el territorio brasileño.

del Estado o actividades de investigación y represión de infracciones penales; (iii) fuera del territorio brasileño y que no sean objeto de comunicación, uso compartido de datos con agentes de procesamiento brasileños ni objeto de transferencia internacional de datos con un país distinto del país de origen, siempre que el país de origen proporcione un grado de protección de datos personales adecuado al previsto en la LGPD (art. 4).

Como se puede apreciar, la LGPD ampara el tratamiento de datos personales que se realice en el marco de las relaciones laborales. Debe, por tanto, observar los siguientes principios: buena fe, finalidad, idoneidad, necesidad, libre acceso, calidad de los datos, transparencia, seguridad, prevención, no discriminación, responsabilidad y rendición de cuentas (art. 6).

La ley limita las hipótesis que autorizan el tratamiento de datos personales. A efectos de las relaciones laborales, nos interesan las siguientes situaciones de tratamiento de datos⁷: (a) con el consentimiento del titular, proporcionado por escrito o por otro medio que demuestre su expresión de voluntad; (b) para cumplir con una obligación legal o reglamentaria del controlador; (c) cuando sea necesario para la ejecución de un contrato o procedimientos preliminares relacionados con un contrato en el que el interesado sea parte, a petición del interesado; (d) para el ejercicio regular de los derechos en procedimientos judiciales, administrativos o arbitrales; (e) para la protección de la vida o la integridad física del titular o de un tercero; y (f) cuando sea necesario para atender intereses legítimos del responsable del tratamiento o de un tercero, salvo que prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del titular que requieran la protección de datos personales.

3. CE N° 115/2022: el derecho constitucional a la protección de datos

Dada la relevancia del tema, en febrero de 2019, se presentó en el Senado Federal la Propuesta de Reforma Constitucional (PEC) N° 17/2019, por iniciativa

⁷ La LGPD también trae otras hipótesis, que no fueron mencionadas aquí por no tener relación con el Derecho del Trabajo. Para acceder a la lista completa, véase el artículo 7 de la Ley N° 13.709/2018.

del Senador Eduardo Gomes. El proyecto inicial preveía la inclusión de un inciso XII-A, en el artículo 5, y un inciso XXX, en el artículo 22, de la Constitución Federal, con la siguiente redacción:

Art. 5, XII-A – en los términos de la ley, se garantiza el derecho a la protección de datos personales, incluso en medios digitales.

Art. 22, XXX – protección y tratamiento de datos personales.

En la justificación, la PEC señaló que si, por un lado, el avance de la tecnología brinda empleabilidad, prosperidad y una mejor calidad de vida, por otro lado, mal utilizada, puede causar daños inconmensurables a los individuos y a la sociedad, “dando lugar, incluso, a la concentración de los mercados”⁸.

Es cierto que la privacidad ha sido el punto de partida de las discusiones sobre el tema. Pero, considerando las peculiaridades de la protección de datos personales, se verifica “autonomía valorativa [...] merecedora de convertirse en un derecho constitucionalmente garantizado”⁹. Ante ello, a pesar del alcance legal de la LGPD, se propuso una Reforma Constitucional para instituir el *derecho fundamental a la protección de datos*. Pero, como puede verse, el texto inicial de la PEC trajo la protección de datos personales como resultado del derecho al secreto de las comunicaciones, establecido en el inciso XII, del artículo 5, de la Constitución Federal.

En cuanto al establecimiento de la competencia constitucional para legislar sobre la materia, la justificación de la PEC destacó que existen varios proyectos de ley estatales y municipales sobre la materia, y argumentó:

No hay racionalización en esto: se debe evitar la fragmentación y pulverización de un tema tanpreciado por la sociedad. El ideal, al igual que con otros derechos fundamentales y cuestiones generales relevantes, es que la Unión tiene la competencia legislativa central. De lo contrario, se puede correr el riesgo de, inclusive inconstitucionalmente, haber decenas -tal vez miles- de conceptos legales sobre lo que es "dato personal" o sobre quiénes son los "agentes de tratamiento" sujetos a la norma legal¹⁰.

⁸ SENADO FEDERAL. Propuesta de Reforma Constitucional N° 17, de 2019 – Justificación. p. 4.

⁹ Ídem.

¹⁰ Ídem.

Así, ante las ventajas de una legislación uniforme, la PEC propuso la competencia exclusiva de la Unión para legislar en materia de protección de datos.

En mayo de 2019, la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía del Senado Federal presentó el Dictamen No.¹¹, sobre la PEC N° 17. Según el dictamen, el derecho a la protección de datos ya encuentra tutela refleja en la Constitución Federal, en particular por la interpretación conjunta de los artículos 1, inciso III¹²; 3°, incisos I e IV¹³; de 5°, inciso 10, 12 de 772¹⁴. A pesar de esto, señaló:

Sin embargo, debido a la constante evolución de los asuntos relacionados con la protección y tratamiento de datos personales y la naturaleza de este tipo de relaciones en un escenario donde las desigualdades no solo se encuentran en la relación Estado/individuo, sino también entre los propios individuos, en las relaciones privadas, se hace imperativo agregar, de manera inequívoca, la protección de datos personales a la lista de garantías individuales, junto a los derechos fundamentales consagrados¹⁵.

Según el Dictamen, al incluir la protección de datos personales en la lista de derechos fundamentales, la PEC N° 17 acoge, en el ámbito constitucional, el

¹¹ Informe de la senadora Simone Tebet.

¹² Constitución Federal, art. 1er. “La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y el Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y se funda en: [...] III - la dignidad de la persona humana; [...]”.

¹³ Constitución Federal, art. 3er. “Son objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil: I - construir una sociedad libre, justa y solidaria; [...] IV - promover el bien de todos, sin perjuicio de origen, raza, sexo, color, edad y cualquier otra forma de discriminación”.

¹⁴ Constitución Federal, art. 5to. “Todos son iguales ante la ley, sin distinción alguna, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos: [...]X - la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas son inviolables, asegurando el derecho a la reparación del daño material o moral resultante de su violación; [...] XII - el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telegráficas, de datos y telefónicas es inviolable, salvo, en este último caso, por orden judicial, en los casos y en la forma establecidos por la ley para los fines de investigación criminal o de instrucción procesal penal; [...] LXXII - se concederá “tienes datos”: a) asegurar el conocimiento de información relativa a la persona del peticionario, contenida en registros o bases de datos de entidades gubernamentales o públicas; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo a través de un proceso confidencial, judicial o administrativo; [...]”.

¹⁵ SENADO FEDERAL. Opinión CCJ No. 45/2019. p. 6.

espíritu de las Leyes N° 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) y 3.709/2018 (Ley General de Protección de Datos).

En vista de ello, el Voto opinó para la admisibilidad y aprobación de la PEC, con la siguiente redacción:

Art. 5, XII - es inviolable el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telegráficas, de datos y telefónicas, salvo, en este último caso, por orden judicial, en los casos y en la forma establecidos por la ley para los fines de la investigación criminal o de la instrucción procesal penal, así como se asegura el derecho a la protección de los datos personales, incluso en medios digitales, en los términos de la ley.

En agosto de 2019, dictamen de la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía de la Cámara de Diputados¹⁶ consideró adecuada la inserción de la protección de datos personales como un derecho fundamental, “si bien puede considerarse amparado por el principio de protección de la intimidad expresado también en diferentes dispositivos (arts. 5º, X y LV; 93, IX de la Constitución)”. También consideró necesario atribuir a la Unión la competencia de legislar en privado sobre la materia, como medio de evitar conflictos normativos e inseguridad jurídica.

En diciembre de 2019 se publicó el dictamen de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados. El documento destacó la participación de la sociedad civil y autoridades públicas en cada una de las seis audiencias públicas realizadas¹⁷.

Se destaca la audiencia realizada el 22 de octubre de ese año, con la participación de Sergio Paulo Gallindo¹⁸ y Laura Schertel Mendes¹⁹, así como otros representantes de la sociedad civil.

En la oportunidad, Sérgio Gallindo sugirió la inclusión del derecho a la protección de datos en el texto constitucional a través de un artículo separado,

¹⁶ CAMARA DE LOS DIPUTADOS. Opinión de la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía sobre la PEC N° 17-A, del Senado Federal. p. 2.

¹⁷ Las audiencias públicas se llevaron a cabo en 2019, los días 22 y 29 de octubre, y los días 5, 12, 19 y 26 de noviembre.

¹⁸ Presidente Ejecutivo de la Asociación Brasileña de Empresas de Tecnologías de la Información y la Comunicación – BRASSCOM.

¹⁹ Profesor adjunto de la Universidad de Brasilia – UnB.

argumentando que la protección de datos no depende del secreto de la comunicación establecido por el inciso XII, del artículo 5. Para Laura Schertel, del mismo modo, el derecho a la intimidad es insuficiente: mientras este tiene un carácter individual, el otro tiene un carácter colectivo. Así, también recomendó su inclusión constitucional en un artículo separado, en virtud de su autonomía.

Siguiendo en esa dirección, el Relator ponderó, en su voto, que el derecho a la protección de datos personales reúne las principales características de los derechos fundamentales: “es un derecho universal, aplicable a todas y cada una de las personas y es un derecho inalienable o indisponible”, además de “esencial para la formación de la personalidad”²⁰. Es, por tanto, esencial a la dignidad de la persona: “la fundamentalización del derecho a la protección de datos no sólo es posible, sino indispensable para la autodeterminación informativa, limitando las posibilidades y formas de actuación del individuo en los tiempos actuales”²¹.

Sin embargo, la Opinión de la Comisión Especial reconoció que el derecho a la protección de datos trasciende el derecho a la privacidad y no puede confundirse simplemente con el derecho al secreto de las comunicaciones. Así, consideró conveniente que la protección de datos personales tuviera *estado* de un derecho fundamental por medio de una disposición constitucional en su propio inciso, desligado del inciso XII, del artículo 5. Propuso la inserción de un dispositivo autónomo al final del art. 5º, mejorando sólo la redacción del texto aprobado por el Senado Federal, sin alterar el contenido. El primer suplente del Relator fue presentado en los siguientes términos:

Art. 5, LXXIX – se garantiza el derecho a la protección de datos personales, incluso en medios digitales, en los términos de la ley;

Art. 21, XXVI - organizar y supervisar la protección y el tratamiento de datos personales, en los términos de la ley, que dispondrá la creación de un órgano regulador y otros aspectos institucionales.

Art. 22, XXX – protección y tratamiento de datos personales.

²⁰ CAMARA DE LOS DIPUTADOS. Dictamen de la Comisión Especial sobre PEC N° 17-B, del Senado Federal - Oficio N° 521/19-SF. p. 6.

²¹ CAMARA DE LOS DIPUTADOS. Dictamen de la Comisión Especial sobre PEC N° 17-B, del Senado Federal - Oficio N° 521/19-SF. p. 6.

Según el texto, también, para los efectos del inciso XXVI, del art. 21, el ente regulador debe ser una entidad independiente, parte de la administración pública federal indirecta, sujeta a un régimen autárquico especial.

Luego de la lectura del voto del Relator, la Comisión Especial ofreció varios aportes, lo que motivó la segunda sustitución del Relator, cambiando la redacción propuesta para el inciso XXVI, del art. 21: “ordenar y supervisar la protección y el tratamiento de los datos personales, en los términos de la ley, que dispondrá la creación de un organismo regulador independiente”.

Con fecha 10 de diciembre de 2019, la Comisión Especial resolvió aprobar, con supletoria, el Proyecto de Reforma a la Constitución N° 17/2019, en los siguientes términos:

Art. 5, LXXIX – se garantiza el derecho a la protección de datos personales, incluso en medios digitales, en los términos de la ley;

Art. 21, XXVI - organizar y supervisar la protección y el tratamiento de datos personales, en los términos de la ley, que dispondrá la creación de un órgano regulador independiente.

Art. 22, XXX – protección y tratamiento de datos personales.

El 31 de agosto de 2021, el Pleno de la Cámara de Diputados aprobó, en primera vuelta, la Sustitución a la PEC de la Comisión Especial. Se destacó el énfasis propuesto por el Partido Nuevo, para votar por separado la expresión “que dispondrá la creación de un organismo regulador independiente”, contenida en el inciso XXVI, del artículo 21, y, en consecuencia, del artículo 4 de la Sustitutiva, con miras a su supresión.

El diputado Vinícius Poit criticó la inclusión, en el texto constitucional, de una autoridad de gestión independiente. Para él, asfixiaría el modelo y cualquier cambio futuro exigiría una nueva PEC. Además, si se mantuviera esa expresión en el texto, la Agencia Nacional de Protección de Datos habría estado superiores a otros Organismos Reguladores, creados por normas infraconstitucionales.

En la misma sesión plenaria, se aprobó el Requerimiento N° 1760/2021, prescindiendo del intersticio regimental entre la primera y segunda vuelta de deliberación de la PEC en la Cámara de Diputados. En segunda vuelta, fue aprobada la redacción final, con la supresión del texto resaltado, determinando la devolución de la PEC N° 17-C al Senado Federal, con la siguiente redacción:

Art. 5, LXXIX – se garantiza el derecho a la protección de datos personales, incluso en medios digitales, en los términos de la ley;

Art. 21, XXVI - organizar y supervisar la protección y el tratamiento de datos personales, en los términos de la ley.

Art. 22, XXX – protección y tratamiento de datos personales.

El artículo 4 del texto original – según el cual, para los efectos del inciso XXVI, del art. 21, el ente regulador sería una entidad independiente, parte de la administración pública federal indirecta, sujeta a un régimen autárquico especial – se eliminó de la redacción final.

En el Senado Federal, el Pleno N° 242/2021 fue por la constitucionalidad, legalidad y reglamentación de la PEC N° 17-C, y, en el mérito, por su aprobación. Así, se promulgó la Enmienda Constitucional N° 115, del 10 de febrero de 2022²², agregándose el inciso LXXIX al art. 5, inciso XXVI, al art. 21, y el inciso XXX, al art. 22:

Art. 5 Todos son iguales ante la ley, sin distinción de ningún tipo, garantizándose a los brasileños y extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos: [...]

LXXIX - Se garantiza el derecho a la protección de datos personales, en los términos de la ley, incluso en medios digitales.

Art. 21. Corresponde a la Unión: [...]

XXVI - organizar y supervisar la protección y el tratamiento de datos personales, en los términos de la ley.

Art. 22. Corresponde exclusivamente a la Unión legislar sobre: [...]

XXX- protección y tratamiento de datos personales.

De esta manera, la protección de datos personales ha logrado *estado* de derecho fundamental, material y formalmente constitucional²³.

²² Diario Oficial de la Federación del 11/02/2022. Disponible en: <[Página 2 del Diario Oficial de la Federación - Sección 1, número 30, del 11/02/2022 - Prensa Nacional](#)>. Consultado el: 13 de junio. 2022.

²³ Sobre el concepto de derechos fundamentales constitucionales formales y materiales, George Marmelstein aclara: “Además del contenido ético (aspecto material), los derechos fundamentales también tienen un contenido normativo o institucional (aspecto formal). Desde un punto de vista jurídico, no es cualquier valor que pueda encuadrarse en el concepto de derechos fundamentales. Jurídicamente, los derechos fundamentales son sólo aquellos valores que el pueblo (léase: el poder constituyente) reconoció formalmente como merecedores de especial protección normativa, aunque sea implícitamente. Este reconocimiento formal se produce a

4. Protección de datos personales en las relaciones laborales

La Constituyente derivada hizo bien en incluir la protección de datos personales en la Constitución Federal a través de un artículo autónomo. Si bien dicho derecho puede entenderse como una *dimensión* del derecho a la intimidad, compartiendo los mismos fundamentos -la protección de la personalidad y la dignidad de la persona- su alcance es más amplio.

Según Laura Mendes, la protección de datos personales ahora se entiende como un fenómeno colectivo. Esto se debe a que cualquier daño causado por un tratamiento inadecuado es, por naturaleza, difuso y requiere una protección jurídica colectiva. Además, la privacidad, que hasta entonces se entendía como “el derecho negativo a ser dejado en paz (*derecho a ser dejado solo*)”, adquiere un sentido positivo, significando también “el control de los datos personales por parte del propio individuo, quien decide cuándo, cómo y dónde deben circular sus datos personales”²⁴.

El autor también destaca otro tema importante en cuanto a la protección de datos personales: el tema de la igualdad. Para Laura Mendes, la vigilancia realizada por entidades públicas y privadas, a partir de información obtenida de bases de datos, puede conducir a la selección, clasificación e incluso discriminación -indebida, obviamente- de las personas, afectando sus posibilidades de vida en sociedad. Los datos personales a menudo “determinan 'abrir o cerrar las puertas de oportunidades y acceso’”²⁵.

Por tanto, desde la perspectiva de las relaciones laborales, la protección de datos personales va más allá de proteger la privacidad de los trabajadores.

través de la positivización de estos valores a través de normas jurídicas. Para ser aún más precisos, se puede decir que, bajo el aspecto jurídico-normativo, sólo pueden ser considerados como derechos fundamentales aquellos valores que fueron incorporados al orden constitucional de un determinado país. Dentro de esta concepción, se puede decir que no existen derechos fundamentales derivados de la ley. La fuente primaria de los derechos fundamentales es la Constitución. La ley, a lo sumo, densificará, es decir, disciplinará el ejercicio del derecho fundamental, nunca lo creará directamente”. (MARMELSTEIN, George. Curso de Derechos Fundamentales. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p.17).

²⁴ MENDES, Laura S. Privacidad, protección de datos y protección al consumidor: líneas generales de un nuevo derecho fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 35-37

²⁵ MENDES, Laura S. Ob. ciudad pp. 35-37.

También logra la igualdad de oportunidades y salvaguardas contra conductas discriminatorias basadas en la información personal de cada individuo.

Esta garantía se observa en otros ordenamientos jurídicos. En la Unión Europea existen varios documentos sobre el tema: Carta de los Derechos Fundamentales de la UE²⁶, Reglamento General de Protección de Datos (GDPR - Reglamento No. 2016/679²⁷²⁸, Directiva sobre Protección de Datos en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (o Directiva JAI)²⁹ y Reglamento N° 2018/1725³⁰.

En Brasil, la Ley General de Protección de Datos (LGPD – Ley N° 13.709/18) va más allá de la garantía de la privacidad. Garantiza la autodeterminación informativa, la libertad de información y la inviolabilidad de la intimidad, el honor y la imagen, entre otros derechos (art. 2).

Aun sin disposición expresa, la ley alcanza el trabajo y las relaciones laborales. Como la Consolidación de las Leyes Laborales (CLT) y la escasa legislación no regulan la protección de datos personales, las mismas reglas se aplican tanto a las relaciones contractuales comunes, como a las de consumo, laborales o de cualquier otra índole.

²⁶ Artículo 8 - Protección de datos personales. "1. Todas las personas tienen derecho a la protección de los datos personales que les conciernen. 2. Estos datos deberán ser tratados de forma leal, para finalidades específicas y con el consentimiento del interesado o con otra base legítima prevista en la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recabados que le conciernen ya obtener la respectiva rectificación. 3. El cumplimiento de estas normas está sujeto a la supervisión de una autoridad independiente."

²⁷ Con rectificación publicada en el Diario Oficial de 23 de mayo de 2018.

²⁸ Sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (incluida la rectificación publicada en el Diario Oficial de 23 de mayo de 2018). Entró en vigor el 24 de mayo de 2016 y es aplicable desde el 25 de mayo de 2018.

²⁹ De la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales con el fin de prevenir, investigar, detectar o reprimir infracciones penales o ejecutar sanciones penales. En otras palabras, la Directiva tiene como objetivo garantizar que los datos personales de las víctimas, testigos y sospechosos de delitos estén debidamente protegidos y facilitar la cooperación transnacional en la lucha contra la delincuencia y el terrorismo. Entró en vigor el 5 de mayo de 2016.

³⁰ Establece las normas aplicables al tratamiento de datos personales por parte de las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea, en línea con lo dispuesto en el Reglamento General de Protección de Datos y la Directiva de Protección de Datos en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. También se crea el Supervisor Europeo de Protección de Datos (AEPD). Esta autoridad es un organismo independiente de la UE, responsable de controlar la aplicación de las normas de protección de datos en las instituciones europeas y de dar seguimiento a las quejas. Entró en vigor el 11 de diciembre de 2018.

A partir de la fase de reclutamiento y selección, el empleador ocupa el cargo de interventor³¹ de datos personales, no solo de quienes se convertirán efectivamente en sus empleados, sino también de otros no contratistas, incluidos los trabajadores de terceros. Y no hay manera de ser diferente. La recogida de determinados datos personales es inherente al proceso de toma de decisiones que culminarán o no en el ingreso del trabajador o que resulten de las relaciones con otros empleadores.

En el curso de la relación contractual, el empleador también tratará necesariamente los datos personales del empleado. Para celebrar un contrato o completar el *eSocial*³², la ley exige, como mínimo, nombre completo, fecha de nacimiento, número de RG, número de CPF y CTPS del trabajador. Para otorgar beneficios como el subsidio de transporte y el subsidio familiar, también debe proporcionar su dirección de residencia, además de información sobre sus dependientes o familiares, como el número de hijos y sus edades. Para cumplir con obligaciones tales como exámenes médicos de ingreso, periódicos y despido, entre otros, el empleador tendrá acceso a datos relacionados con la salud ocupacional de sus trabajadores. Y no termina ahí: la biometría y las imágenes son datos recogidos de forma rutinaria con fines de acceso al lugar de trabajo y/o control de jornada, e incluso con fines de seguridad de la propiedad y de terceros, recogidos a través de cámaras y otros instrumentos de vigilancia.

Como puede verse, el tratamiento de los datos personales de los empleados por parte del empleador es necesario e inevitable. Esto debe hacerse de conformidad con la LGPD y en cumplimiento del derecho fundamental a la protección de datos personales. Estas son precauciones muy recomendables: recopilar solo los datos estrictamente necesarios, evitar obtener datos sensibles³³, adoptar las mejores prácticas de seguridad de la información,

³¹ Según el artículo 5, VI, de la LGPD, un controlador es la “persona física o jurídica, pública o privada, responsable de las decisiones relativas al tratamiento de datos personales”.

³² El *eSocial* es un sistema informático de la Administración Pública, a través del cual se debe informar de todas las relaciones laborales que mantienen las personas físicas o jurídicas.

³³ Según el artículo 5, II, de la LGPD, son datos personales sensibles “los datos personales sobre el origen racial o étnico, las convicciones religiosas, las opiniones políticas, la afiliación a un sindicato u organización de carácter religioso, filosófico o político, los datos referentes a la salud o la vida sexual, los datos genéticos o biométricos, cuando se vinculen a una persona física”. Al respecto, Luciano Martínez aclara: “Durante la negociación preliminar no se deben recabar datos

restringir el acceso interno a los datos y disponer su adecuada disposición cuando ya no sean necesarios³⁴.

El aspecto más delicado de esta dinámica descansa en las hipótesis jurídicas que autorizan el tratamiento de datos. A pesar del protagonismo del consentimiento, en la LGPD, este elemento genera debilidades en el contexto de las relaciones laborales.

Esto se debe a que, en particular, se observa, en las relaciones laborales, desigualdad entre los sujetos contratantes. Con excepción de la figura del trabajador hipersuficiente, prevista en el artículo 444, párrafo único, de la CLT³⁵, la Ley del Trabajo brasileña presupone irrestrictamente la condición de hiposuficiencia del trabajador³⁶.

personales sensibles del entrevistado [...]. Si la recopilación de datos de esta naturaleza es esencial para la contratación —lo que puede ocurrir porque el empleador es una institución de moda, por ejemplo— el tratamiento, bajo las sanciones y bajo las responsabilidades previstas en la citada Ley n. 13.709/2018, sólo se dará mediante la prestación del consentimiento por escrito del titular, en cláusula resaltada, o por otro medio que demuestre la manifestación de su voluntad”. (MARTÍNEZ, Luciano. Curso de Derecho del trabajo. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 116.)

³⁴ “En términos prácticos, sus obligaciones se traducen en prácticas internas, procesos, procedimientos y capacitaciones que involucran a los departamentos que participarán en el proceso de selección. Establecer un proceso de selección serio, juicioso, detallado y, sobre todo, razonado, incluso antes de dar a conocer la vacante al mercado, es fundamental para cumplir con lo establecido en la LGPD en esta etapa. Cabe señalar que tal cuidado debe ser redoblado en el caso de crear una “base de datos de currículums” interna, utilizando herramientas tecnológicas para seleccionar candidatos —que ya han sido blanco de diversas críticas en las redes sociales, así como objeto de demandas legales en los últimos tiempos—, así como procesar los datos de otros candidatos que ni siquiera fueron elegidos para un puesto determinado. En términos generales, entre las recomendaciones realizadas a las empresas en relación con la LGPD, se destacan las siguientes: (i) solicitar información exclusiva y estrictamente necesaria para la evaluación y selección del candidato para determinada vacante y función; (ii) definición de un proceso interno de acceso a los archivos curriculares; (iii) información clara y transparente al candidato sobre el tratamiento que recibirán los datos personales contenidos en los currículos presentados; (iv) consulta sobre la intención y autorización de mantener el currículo enviado en bases de datos para futuras oportunidades; entre otras”. (SILVA, Airton José; ZAVANELLA, Fabiano; KRUG, Pamela; CASTRO E SERPA, Patricia Oliveira; RIBEIRO, Viviane Licia. Impactos de la Ley General de Protección de Datos en las Relaciones Laborales. En: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. La Ley General de Protección de Datos de Brasil: Análisis Sectorial (Tomo II). São Paulo: Almedina, 2021. pp. 113-114.)

³⁵ Un empleado que tiene un diploma de educación superior y recibe “salario mensual igual o superior al doble del límite máximo de prestaciones del Sistema General de Seguridad Social” (según el artículo 444, párrafo único, de la CLT). En julio de 2022, cuando se estaba elaborando este artículo, el techo en el RGPS es de BRL 7.087,22. Por lo tanto, para ser clasificado como hipersuficiente, el empleado debe recibir un salario igual o superior a R\$ 14.174,44.

³⁶ Al respecto, se menciona la doctrina de Guilherme Guimarães Feliciano: “El principio de protección cumple, pues, una función general de carácter constitucional (derivada, en Brasil, del artículo 7 de la CRFB), que es la de reequilibrar materialmente las posiciones jurídicas de las partes generalmente antagónicas en los conflictos laborales (empleado y empleador). Debido a

El artículo 5, XII, de la LGPD, define el consentimiento como la “manifestación libre, informada e inequívoca por la cual el titular está de acuerdo con el tratamiento de sus datos personales para una finalidad específica”. En el ámbito de la relación laboral, considerada la hiposuficiencia del trabajador, es bastante cuestionable cuán libre, informado e inequívoco es su consentimiento para el tratamiento de datos personales.

Selma Carloto y Livia Clozel aclaran: “el consentimiento debe ser una elección libre, un acto positivo por parte del titular. De esta forma, si el trabajador no tiene la posibilidad de negarse, el consentimiento no será válido, especialmente si éste es una condición del contrato”³⁷.

Sin embargo, como ya se mencionó, no existen reglas específicas de protección de datos en el sistema legal brasileño para las relaciones laborales. Por lo tanto, se aplican las reglas generales de la LGPD -y, en los términos del artículo 7, I, de la ley, el tratamiento de datos es legítimo con el consentimiento de su titular.

Por eso mismo, las cláusulas por las que el trabajador manifiesta su conformidad con el tratamiento de sus datos personales por parte del empleador. De conformidad con el artículo 8, párrafo 1, el consentimiento debe prestarse por escrito, en cláusula separada, o por otro medio que demuestre la voluntad del titular.

Pero, buscando una mayor seguridad jurídica, las empresas deben buscar otras fuentes que legitimen el tratamiento de los datos personales, además del consentimiento. Hay circunstancias, previstas por la ley, en las que el procesamiento de datos puede ocurrir independientemente del consentimiento. Se destacan, por su relevancia para el presente análisis: para el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria por parte del responsable del tratamiento; cuando sea necesario para la ejecución de un contrato o trámites

la especial protección legal, se minimiza la vulnerabilidad de los trabajadores, producto de la llamada “hiposuficiencia económica”, que en el contexto legal se manifiesta como subordinación”. (FELICIANO, Guilherme Guimaraes. Curso Crítico de Derecho del Trabajo: Teoría General del Derecho del Trabajo. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 245.)

³⁷ CARLOTO, Selma; CLOZEL, Livia. LGPD y el Derecho a la Privacidad de los Trabajadores. En: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. La Ley General de Protección de Datos de Brasil: Análisis Sectorial (Tomo I). São Paulo: Almedina, 2021. pp. 254-257.

previos relacionados con el contrato en el que el titular sea parte, a solicitud del titular de los datos; y cuando sea necesario para atender los intereses legítimos del responsable del tratamiento (artículo 7, incisos II, V y IX)³⁸. No se puede negar que el empleador tiene intereses económicos y sociales legítimos para justificar el procesamiento de los datos personales de sus empleados.

Esto significa que el tratamiento de datos personales no sensibles recogidos durante el proceso de reclutamiento y selección, en la fase de contratación o en el curso del contrato, cuando sea necesario para el cumplimiento de deberes legales impuestos al empleador, no depende del consentimiento expreso y específico del trabajador.

Para Silvia Vale y Rosangela Lacerda, esta autorización legal no debe servir como oportunidad para vulnerar el derecho a la autodeterminación informativa del interesado. La recogida de datos deberá, en todo caso, ceñirse a lo estrictamente necesario para la ejecución del contrato y el cumplimiento de las obligaciones legales del empleador, y no podrá apartarse de estos fines. “Obviamente, el empleador no puede utilizar los datos personales del trabajador para fines ajenos a la relación laboral”³⁹.

En aras de la seguridad jurídica, se recomienda cautela en la formalización del contrato de titular siempre que sea posible, pero su ausencia no implica infracción legal por parte del empleador⁴⁰.

³⁸ En ese sentido, menciona Flávia Alcassa: “En las relaciones laborales, de acuerdo con la Ley General de Protección de Datos (LGPD) el trabajador figura como titular de los datos y el empleador como responsable del tratamiento [...]. Excepcionalmente se podrá renunciar al consentimiento del titular (empleado) en caso de relación societaria, siempre que por la obligación de cumplimiento legal, tal como ordena la propia LGPD en su art. 7º, V y IX [...]. Si bien se renuncia al consentimiento en los casos de “ejecución de un contrato o trámites relacionados con un contrato en el que sea parte el titular de los datos del trabajador”, su tratamiento merece aún más cautela, para no lesionar la intimidad del trabajador, causando daño a la imagen, daño de carácter moral, además del daño material al empleador”. (ALCASSA, Flávia. La Ley General de Protección de Datos Personales (LGPD) y la exposición de datos sensibles en las relaciones laborales. Revista TRT - 10ª Región, Brasília, DF, v. 24, núm. 2, pp. 145-151, julio/diciembre. 2020.)

³⁹ VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do; LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias de. Ley General de Protección de Datos y relación laboral: controversias. Revista Magíster en Derecho del Trabajo, Porto Alegre, a. 17, n. 99, p. 125-147, nov./dic. 2020.

⁴⁰ Esta es la lección de Carlos Henrique Bezerra Leite: “[...] ad cautela, sobre todo porque el consentimiento en las relaciones laborales sigue siendo objeto de discusiones en cuanto a su validez, se recomienda recabar el consentimiento aunque se base en otras bases jurídicas, en caso de que su tratamiento pueda implicar riesgo para el titular de los datos, ya sea en el ámbito material o fuera de balance, ya que la propia legislación busca proteger los derechos

En relación con los datos personales sensibles, la empresa debe tener especial cuidado, incluso con respecto a posibles prácticas discriminatorias. Esto se debe a que, en gran medida, involucran datos relacionados con el origen racial o étnico, la convicción religiosa, la opinión política, la vida sexual y la afiliación a organizaciones religiosas, filosóficas o políticas, entre otros. Se exceptúan los datos sensibles que efectivamente requerirán tratamiento por parte del empleador, para lo cual se requiere consentimiento, sujeto a las hipótesis del art. 11, inciso II, de la Ley N° 13.709/2018⁴¹.

Bajo los términos del artículo 18, párrafo 2, de la LGPD, el titular de los datos personales podrá oponerse al tratamiento respectivo, con base en uno de los supuestos de renuncia al consentimiento, en caso de incumplimiento de lo dispuesto en la Ley N° 13.709/2018⁴².

Después de la finalización del contrato de trabajo, las empresas también deben actuar de acuerdo con la LGPD, previendo la disposición de los datos de

fundamentales de libertad e intimidad, así como el libre desarrollo de la personalidad de la persona natural. Es claro que el uso del consentimiento en las relaciones laborales, por sí solo, no está prohibido y puede ser utilizado como base para el tratamiento de datos personales de los empleados, siempre que: el consentimiento sea realmente libre; la negativa no implica ninguna consecuencia negativa para el titular; existe una necesidad imperiosa del consentimiento para la ejecución del contrato de trabajo o para garantizar algún beneficio al titular". (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Derecho del trabajo. 14ª edición. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 38.)

⁴¹ LGPD, art. 11. El tratamiento de datos personales sensibles sólo podrá ocurrir en los siguientes casos: [...] II - sin el consentimiento del titular, en los casos en que sea indispensable para:

- a) el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria por parte del responsable del tratamiento;
- b) tratamiento compartido de datos necesarios para la ejecución, por parte de la administración pública, de políticas públicas previstas en leyes o reglamentos;
- c) realizar estudios por un organismo de investigación, asegurando, siempre que sea posible, la anonimización de los datos personales sensibles;
- d) el ejercicio regular de los derechos, incluso en los contratos y en los procedimientos judiciales, administrativos y arbitrales, estos últimos de conformidad con la Ley N° 9.307, de 23 de septiembre de 1996 (Ley de Arbitraje);
- e) protección de la vida o integridad física del titular o de terceros;
- f) la protección de la salud, exclusivamente, en procedimientos realizados por profesionales de la salud, servicios de salud o autoridades sanitarias; o (Redacción prevista por la Ley N° 13.853, de 2019)
- g) garantía de prevención del fraude y la seguridad del titular, en los procesos de identificación y autenticación de registro en sistemas electrónicos, salvaguardando los derechos mencionados en el art. 9 de esta Ley y salvo que prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del titular que requieran la protección de datos personales.

⁴² En este sentido, la lección de VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do; LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias de. Ob. Cit.

los ex empleados. La ley no fija plazo para ello, pero la interpretación de su artículo 16, fracción I, faculta a las empresas a conservarlos en el transcurso del plazo prescriptivo, para efectos de la eventual producción de prueba⁴³.

Fabiano Zavanella *et al.* reconocen que la disposición de datos personales en la fase post-contractual puede enfrentar desafíos, incluso culturales: “la disposición [...] genera malestar y miedo, especialmente para los abogados, pero no desecharlo después de un cierto período, por ejemplo, la prescripción, también puede causar no solo malestar, sino la aplicación de sanciones y multas por almacenamiento indebido o innecesario”⁴⁴. En cualquier caso, existe una base legal para conservar los datos durante, al menos, el plazo de prescripción. No existe posición jurisprudencial al respecto, aún porque la legislación es reciente.

La CE N° 115 y la LGPD son hitos importantes en la construcción de una cultura de protección de los datos personales de los trabajadores. Además de exigir las mejores prácticas empresariales, contribuye a la seguridad jurídica.

5. Consideraciones finales

El tratamiento de datos personales afecta directamente a las relaciones laborales. Su regulación legal tiene un doble propósito: garantizar la protección del titular de los datos y brindar seguridad jurídica a los responsables del tratamiento, ya que aclaran las normas que rigen esta dinámica.

⁴³ En este sentido, Silvia Vale y Rosangela Lacerda: “Los datos personales, una vez cumplida su finalidad o extinguida su necesidad, deberán ser eliminados de manera expedita, de conformidad con el art. 15, inciso I junto con el art. 16, ambos de la Ley N° 13.709/2018. Hay, sin embargo, excepciones a esta regla general, disciplinadas en los artículos del art. 16, entre las que se encuentra la posibilidad de conservar información personal para cumplir con una obligación legal, como la emisión de recibos y términos de terminación de un contrato de trabajo, por ejemplo. Por otra parte, en caso de judicialización de cualquier conflicto en torno a la relación laboral, también existe la necesidad de que el empleador produzca prueba, siendo admisible la conclusión de que estos datos podrán ser conservados, al menos, durante el plazo de prescripción bienal, en la fase poscontractual, incluso sin el consentimiento del interesado, destacando, una vez más, la posibilidad de su oposición al tratamiento, en caso de incumplimiento de la ley”. (VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do; LACERDA, Rosangela Rodrigues Dias de. RIELLI, Mariana Marques. Ob. Cit.)

⁴⁴ SILVA, Airton José; ZAVANELLA, Fabiano; KRUG, Pamela; CASTRO E SERPA, Patricia Oliveira; RIBEIRO, Viviana Licia. Ob. Cit.

Dado que no existen normas específicas sobre protección de datos en la legislación laboral, las disposiciones de la Ley General de Protección de Datos - LGPD (Ley N° 13.809/18) se aplican a las relaciones laborales. Si bien la ley fue promulgada en 2018, el inicio de su vigencia fue prorrogado sucesivamente. En consecuencia, parte de sus disposiciones recién entraron en vigor el 1 de agosto de 2021. Se trata, por tanto, de una regulación bastante reciente, aún sujeta a interpretación jurisprudencial y acomodaciones por parte del empleador.

La reciente Reforma Constitucional N° 115, del 10 de febrero de 2022, a su vez, dio a esta materia *estado* formalmente derecho fundamental. Por eso, no puede ser limitado o extinguido ni siquiera por una nueva reforma constitucional (según el artículo 60, §4, IV, de la Constitución Federal) – salvo, por supuesto, la ponderación en caso de colisión con otro derecho fundamental.

Con respecto a los datos personales necesarios para la ejecución del contrato (o los procedimientos preliminares relacionados con el mismo) o para satisfacer los intereses legítimos del responsable del tratamiento –en este caso, el empleador–, la LGPD renuncia a la necesidad de consentimiento del interesado. Por tanto, en cuanto a los datos estrictamente necesarios para la marcha contractual y el cumplimiento de las obligaciones legales del empresario, no existen mayores controversias. La empresa está autorizada para su tratamiento, siempre que cumpla con los requisitos legales.

Una mayor dificultad radica en datos que van más allá de este ámbito, o incluso con datos sensibles, incluso cuando son necesarios para el progreso contractual, como la afiliación sindical y la información sobre salud ocupacional. En estos casos, deberá existir el consentimiento libre, informado e inequívoco del interesado. Sin embargo, en relaciones típicamente desiguales, como el empleo, presenta un verdadero desafío.

En todo caso, las empresas deben recabar únicamente los datos estrictamente necesarios, evitar la obtención de datos sensibles, adoptar las mejores prácticas de seguridad de la información, restringir el acceso interno a los datos y disponer su adecuada disposición cuando ya no sean necesarios.

No cabe duda de que, incluso después de la extinción de la relación laboral, el empleador está autorizado a conservar los datos del trabajador

durante todo el plazo de prescripción. No hay claridad, sin embargo, sobre la seguridad jurídica de la disposición o mantenimiento de los datos después de dicho período.

En todo caso, el reciente inciso LXXIX, del artículo 5, de la Constitución de la República, y la LGPD representan avances importantes en la construcción de un código para la protección de la privacidad de los trabajadores, definición de buenas prácticas empresariales y promoción de la seguridad jurídica.

En tiempos en que la tecnología señala para dominar la sociedad y someterla al imperio de la máquina, incluso a través de la inteligencia artificial, el hombre afirmará cada vez más su supremacía en la defensa de su dignidad. La protección de sus datos personales señala en esta dirección, cuando la ética parece debilitarse.

Bibliografía

- ALCASSA, F. (2020). “La Ley General de Protección de Datos Personales (LGPD) y la exposición de datos sensibles en las relaciones laborales”. *Revista TRT - 10ª Región, Brasília, DF*, v. 24, núm. 2.
- CARLOTO, S. y CLOZEL, L. (2021). “LGPD y el Derecho a la Privacidad de los Trabajadores”. En: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *La Ley General de Protección de Datos de Brasil: Análisis Sectorial*. Tomo I. São Paulo: Almedina.
- FELICIANO, G. G. (2013). *Curso Crítico de Derecho del Trabajo: Teoría General del Derecho del Trabajo*. São Paulo: Editora Saraiva.
- LEITE, C. H. (2022). *Curso de Derecho del trabajo*. 14ª edición. São Paulo: Editora Saraiva.
- MARMELSTEIN, G. (2019). *Curso de Derechos Fundamentales*. 8. ed. São Paulo: Atlas.
- MARTÍNEZ, L. (2021). *Curso de Derecho del trabajo*. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva.
- MENDES, L. S. (2014). *Privacidad, protección de datos y protección al consumidor: líneas generales de un nuevo derecho fundamental*. São Paulo: Saraiva.
- PINHEIRO, P. P. (2021). *Protección de Datos Personales: Comentarios a la Ley n. 13.709/2018 (LGPD)*. 3ra ed. São Paulo: Saraiva Educação.
- RIELLI, M. M. (2019). “El proceso de construcción y aprobación de la Ley General de Datos Personales: bases jurídicas para el tratamiento de datos en un debate multisectorial”. *Revista de abogados*. Año XXXIX. Nº 144. São Paulo.
- SILVA, A. J.; ZAVANELLA, F.; KRUG, P.; CASTRO E SERPA, P. O. y RIBEIRO, V. L. (2021). “Impactos de la Ley General de Protección de Datos en las Relaciones Laborales”. En TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *La Ley General de Protección de Datos de Brasil: Análisis Sectorial*. Tomo II. São Paulo: Almedina.

VALE, S. I.; LACERDA, R. R. (2020). “Ley General de Protección de Datos y relación laboral: controversias”. *Revista Magíster en Derecho del Trabajo*, Porto Alegre, a. 17, n. 99.

**PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS
UTILIDADES DE LAS EMPRESAS, UN DERECHO LABORAL
EN MÉXICO**

**PARTICIPATION OF WORKERS IN THE PROFITS OF
COMPANIES, A LABOR RIGHT IN MEXICO**

Flor TAVERA

Investigadora, Universidad Virtual del Estado de Guanajuato por Estancia Posdoctoral Académica a través de CONAHCYT, Guanajuato (México). Doctora en Administración.

fltavera@uveg.edu.mx

Nancy ORTIZ

Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, estudiante de la Maestría en Fiscal, Morelia (México). Contador público independiente.

2220247d@umich.mx

Fecha de envío: 10/07/2023

Fecha de aceptación: 07/08/2023

PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LAS UTILIDADES DE LAS EMPRESAS, UN DERECHO LABORAL EN MÉXICO

Flor TAVERA

Universidad Virtual del Estado de Guanajuato (México)

Nancy ORTIZ

Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (México)

Resumen: La Constitución mexicana contempla la obligación de que las empresas compartan con sus trabajadores las utilidades generadas: el constituyente consideró que de esa manera el trabajador desempeñaría sus labores con más eficiencia y desaparecerían los conflictos entre trabajador y patrón con motivo de la cuantía del salario. Sin embargo, México es uno de los pocos países a nivel mundial que impone esta obligación a los patrones, se encuentra que entre los países miembros de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) únicamente Chile, Francia y México tienen en su legislación la obligación de compartir las utilidades con los trabajadores. Se presenta un análisis de las reformas a la legislación laboral mexicana más recientes en cuanto a la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas (PTU), derivadas de la prohibición de la subcontratación laboral, que establecen un límite en el monto que recibirán los trabajadores por este concepto; se concluye con un caso práctico de naturaleza profesional para explicar el efecto que la reforma comentada puede tener sobre el monto de PTU que recibiría un trabajador.

Palabras clave: Participación a los trabajadores en las utilidades de la empresa - Subcontratación laboral - Prestaciones laborales - Derecho del Trabajo

Sumario: 1. Introducción 2. Método 3. Reparto de Utilidades a los trabajadores en las empresas 3.1 La obligatoriedad legal de la participación a los trabajadores en las utilidades en las empresas en países miembros de la OCDE 3.2 Generalidades sobre el reparto de PTU en México 3.3 Limitación al monto de PTU que perciben los trabajadores, derivado de la reforma de la Ley Federal del Trabajo 3.4 Efectos de la limitación de la PTU a repartir, caso práctico 4. Conclusiones.

Abstract: The Mexican Constitution contemplates the obligation for companies to share the profits with their workers: the constituent considers that in this way the worker would carry out his work more efficiently and conflicts between worker and employer due to the amount of salary would disappear. However, Mexico is one of the few countries in the world that imposes this obligation on employers, we found that among the member countries of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) only Chile, France and Mexico have in their legislation. the obligation to share profits with workers. We also present an analysis of the most recent reforms to the Mexican labor legislation about the participation of workers in company profits (PTU), derived from the prohibition of outsourcing, which established a limit on the amount the workers would receive. We conclude with a practical case of a professional nature to explain the effect that the commented reform may have on the amount of PTU that a worker would receive.

Keywords: Participation of workers in the company's profits - Labor subcontracting - Labor benefits - Labor Law

Summary: 1. Introduction 2. Method 3. Profit Sharing to workers in companies 3.1 The legal obligation of worker participation in profits in companies in OECD member countries 3.2 General information on the distribution of PTU in Mexico 3.3 Limitation to the amount of PTU that workers receive, derived from the reform of the Federal Labor Law 3.4 Effects of the limitation of the PTU to be distributed, practical case 4. Conclusions.

1. Introducción

En México uno de los derechos constitucionales en materia laboral es que los trabajadores reciban parte de las utilidades generadas en las empresas donde laboran, lo que se conoce como: Participación a los Trabajadores en las Utilidades (PTU), es una obligación contemplada desde el origen de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el año de 1917, plasmada en el artículo 123 relativo al trabajo y especificada en la Ley Federal del Trabajo.

Mientras que en México esta obligación existe desde 1917, en el resto del mundo el reparto de utilidades entre los trabajadores no es una disposición legal común. En este trabajo se presenta una revisión del derecho laboral de los países miembros de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) para ubicar en cuáles de ellos existe la obligación de reparto de utilidades entre los trabajadores.

Se elige realizar la revisión del derecho del trabajo únicamente en países pertenecientes a la OCDE por la colaboración que existe a través de este organismo para fortalecer el marco legal en el que se desarrolla la actividad empresarial.

Posteriormente, se hace un análisis de las disposiciones legales mexicanas que dan origen a la Participación a los trabajadores en las utilidades de las empresas (PTU), con especial atención en las reformas más recientes a la Ley Federal del Trabajo, específicamente en cuanto a la prohibición de la subcontratación laboral y el efecto que ésta tiene en la determinación de la PTU en favor de los trabajadores.

2. Método

A través de una investigación descriptiva documental con el método de derecho comparado, se ubica cuáles países miembros de la OCDE contienen obligatoriamente en su legislación el reparto a los trabajadores de utilidades generadas en las empresas, posteriormente se analiza la legislación mexicana

aplicable al reparto de la PTU considerando las disposiciones reformadas en abril de 2021, por último, se presenta un caso práctico de naturaleza profesional que muestra el efecto que las reformas que prohíben la subcontratación laboral tienen en la determinación de la PTU a repartir entre los trabajadores.

3. Reparto de utilidades a los trabajadores en las empresas

“La mayoría de los doctrinarios coincide en que la autoría del concepto de la participación de utilidades se originó en el pensamiento del economista alemán Johann Heinrich Von Thünen en el año 1848, y tras la revolución industrial, el socialismo europeo lo estableció como una forma justa de distribuir las ganancias de las empresas”¹.

En México la PTU es un derecho establecido en la CPEUM –artículo 123, Apartado A, fracción IX, inciso e)– en favor de los trabajadores; por consiguiente, es una obligación para las empresas².

La exposición de motivos para incorporar la PTU como obligación constitucional, presentada el 23 de enero de 1917 señaló textualmente:

“Creemos equitativo que los trabajadores tengan una participación en las utilidades de toda empresa en la que presten sus servicios. A primera vista parecerá ésta una concesión exagerada y ruinosa para los empresarios; pero estudiándola con detenimiento se tendrá que convenir que es provechosa para ambas partes. El trabajador desempeñará sus labores con más eficacia teniendo un interés personal en la prosperidad de la empresa y el capitalista podrá disminuir el rigor de la vigilancia y desaparecerán los conflictos entre uno y otro con motivo de la cuantía del salario”³.

¹ Erreguera Albaritero, J., & Alcayde Escalante, M. (2021). Limitante a la PTU, ¿cómo lograr una aplicación constitucionalmente válida? *Práctica Fiscal*, 17-28.

² Pérez Chávez, J., & Fol Olgún, R. (2022). *Capacitación Fiscal pra Ejecutivos no Fiscalistas*. Ciudad de México: Tax Editores.

³ Múgica, Recio, Colunga, Román, & Monzón. (1 de 12 de 2022). Cámara de diputados. Obtenido de <https://www.diputados.gob.mx/comisiones/traypres/iniclvii/inic32.htm#:~:text=%22Creemos%20equitativo%20que%20los%20trabajadores.es%20provechosa%20para%20ambas%20partes.>

El porcentaje de reparto de PTU en México es determinado por la Comisión Nacional para la Participación de los Trabajadores en las Utilidades de las Empresas y actualmente del 10%.

Ante esta obligación por la cual el patrón debe compartir el 10% de la utilidad generada en la empresa, encontramos opiniones antagónicas, mientras que para Pérez⁴ la PTU “es un beneficio con el que los patrones reconocen a los empleados la participación en el logro de los objetivos de la empresa y en la obtención de las utilidades”; para Pérez y Herrera⁵ “es un beneficio para los trabajadores que proviene de un idealismo socialista que busca repartir la riqueza de las empresas y equilibrar la relación obrero patronal” y otras opiniones como la de Montalvo Romero⁶ quien considera que “la participación de los trabajadores en las utilidades es un instrumento fundamental para contribuir a la redistribución de la riqueza, y no solo se quede en los accionistas de las empresas, así mismo busca estimular la productividad mediante una retribución al esfuerzo de los trabajadores”.

En todo caso, ha sido una realidad que a través de la subcontratación laboral (outsourcing) varios patrones evitaron entregar la participación de los trabajadores en las utilidades. En 2015 tan solo el 8% de personas morales registraron pago de PTU, si bien ello se puede deber a que no todas las personas morales tuvieron utilidad, Ríos Hernández⁷ explica que algunas empresas han optado por cambiar el manejo de su planta laboral con el fin de eludir la obligación del pago de utilidades a sus empleados a través de pasarlos a otras empresas donde no hay utilidades esto es a través de la subcontratación laboral.

La subcontratación laboral ha violentado los derechos de los trabajadores, no solo en al no recibir PTU, sino también al resto de las prestaciones mínimas del derecho del trabajo en México, así como en cuanto a las cotizaciones a la Seguridad Social.

⁴ Pérez. (2007). Procedimiento para el cálculo y pago de la participación de los trabajadores en las Utilidades, Marco Teórico. Taller de prácticas fiscales, C1-11.

⁵ Pérez Montalvo, J., & Herrera García, D. (2021). La PTU en el costo de Producción.

⁶ Montalvo Romero, J. (2008). "El Reparto de Utilidades: Futuro Incierto". Anuario Jurídico y Económico Escurialense XLI.

⁷ Rodríguez, B. (2018). Dan PTU 8% de empresas. Vlex, 2.

Para evitar el mal uso de la subcontratación laboral en perjuicio de los trabajadores, en la reforma laboral de 2012 se modificó la Ley Federal del Trabajo incorporando reglamentación de subcontratación permitida y sus requisitos, aunque previo a esta reforma se reconocían dos figuras y una sanción a la intermediación.

Meza Mora⁸ presenta una revisión de los artículos 15-A a 15-D incorporados en la LFT en 2012, que de manera muy puntual indicaban los supuestos en que aplica la subcontratación o terciarización en la contratación de los trabajadores, así como las sanciones aplicables a quienes utilizaran esa figura en perjuicio de los derechos de los trabajadores.

El 25 de junio de 2014 los diputados del grupo parlamentario de Movimiento Ciudadano Ricardo Monreal, Alfonso Durazo y Ricardo Mejía señalaron que, “a pesar de la reforma en materia laboral de 2012, no ha beneficiado a los trabajadores subcontratados en el país”⁹.

En el primer operativo que realizó la Secretaría del Trabajo y Previsión Social luego de la reforma de 2012, encontró del total de empresas inspeccionadas que subcontrataban trabajadores el 83% tenían contratada mediante outsourcing al 100% de todo su personal, mientras que el 17% restante, tenían subcontratado el 95.5% de sus trabajadores¹⁰. Cabe señalar que las disposiciones de la LFT en 2012 contemplaban, precisamente, que la subcontratación no debería ser por la totalidad de los trabajadores.

Por lo anterior, y considerando estudios como el de Millán & Cota¹¹, que señalan que la prohibición de la subcontratación laboral no tiene efecto negativo en la cantidad de los empleos, el 12 de noviembre de 2020 el Ejecutivo Federal presentó iniciativa para reformar tanto la Ley Federal del Trabajo, como diversas

⁸ Meza Mora, L. R. (2019). Tercerización laboral en México. Subcontratación Laboral. Limites da terceirizacao no Direito Comparado, 66-79. Obtenido de https://trt15.jus.br/sites/porta1/files/fields/colecoesdotribunal_v/estudos-juridicos-e-livros/2019/limites-da-terceirizacao-no-direito-comparado.pdf#page=67.

⁹ Grupo parlamentario de Movimiento Ciudadano. (2014). Iniciativas de Ciudadanos Legisladores. Gaceta Parlamentaria: LXII/2SPR-11/418665, 1. Obtenido de https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_comision_permanente/documento/48665.

¹⁰ Ramírez, J., Mares, J., Cuarenta, S., Mendoza, L., & Santos, O. (2021). El Outsourcing en México, sus nuevos cambios legales y laborales a partir de 2021. Revista Iberoamericana de Ciencias.

¹¹ Millan Valenzuela, H., & Cota Díaz, E. (2021). México: el efecto de la eliminación de la subcontratación de personal sobre el empleo. Cofactor.

leyes fiscales con el fin de suprimir la subcontratación, y en abril de 2021 se aprobó la reforma a la Ley Federal del Trabajo que impone fuertes restricciones a la práctica de la subcontratación laboral, ya que se limita a la contratación de servicios y obras especializadas siempre y cuando éstos no formen parte del objeto principal de la empresa contratante y que la empresa que preste el servicio u obra especializada, se encuentren registradas en un padrón organizado y avalado por la Secretaría de Trabajo y Previsión Social, estableciendo además severas sanciones para las empresas que incurran en violaciones a las nuevas regulaciones¹².

Cabe mencionar que la obligatoriedad legal de participar a los trabajadores de las utilidades de las empresas existe en muy pocos países, entre ellos México. Por ello muchas empresas extranjeras están en contra de dicho pago, ya que dicen que, basándose en el principio de reciprocidad, si se reparten las utilidades, también se deberían repartir las pérdidas¹³, lo cual no está permitido en la legislación laboral.

Por lo anterior, en este documento se realiza en primer lugar un análisis de derecho comparado para ubicar cuáles países miembros de la OCDE contienen en su legislación la obligación de que el patrón comparta a los trabajadores las utilidades generadas en la empresa, posteriormente, se revisa el efecto de la reforma de subcontratación en un caso práctico de naturaleza profesional.

3.1. La obligatoriedad legal de la participación a los trabajadores en las utilidades en las empresas en países miembros de la OCDE

Se elige analizar la obligatoriedad legal del reparto de utilidades de las empresas en favor de los trabajadores en los países miembros de la OCDE, por

¹² Brito Laredo, J., Carrillo Viveros, J., Gomis Hernández, R., & Hualde Alfaro, A. (2022). ¿El fin del outsourcing en México? Características de la nueva legislación y perspectivas de futuro. *región Y Sociedad*, 34. doi: <https://doi.org/10.22198/rys2022/34/1558>.

¹³ Pérez Montalvo, J., & Herrera García, D. (2021). La PTU en el costo de Producción.

ser “una organización internacional cuya misión es diseñar mejores políticas para una vida mejor”¹⁴.

El artículo 1 de la Convención que constituye la OCDE define los objetivos de la Organización, el primero de ellos es: “Alcanzar el **mayor crecimiento económico y de empleo posibles, así como mejorar los niveles de vida** en los países miembros en condiciones de estabilidad financiera que permitan contribuir al desarrollo de la economía mundial”¹⁵ (énfasis añadido)

La OCDE actualmente incorpora a 38 países (ver figura 1), entre ellos, México desde el 18 de mayo de 1994¹⁶ a través del “Decreto de promulgación de la Declaración del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre la aceptación de sus obligaciones como miembro de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos” publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de julio de 1994.

Figura 1

Países miembros de la OCDE



¹⁴ OCDE. (29 de 11 de 2022). OECD. Obtenido de <https://www.oecd.org/acerca/>.

¹⁵ Arellano, L. (2000) El ingreso a la OCDE Revista Mexicana de Política Exterior <https://revistadigital.sre.gob.mx/index.php/rmpe/article/download/1375/1285>.

¹⁶ OCDE (2009) 15 años de México en la OCDE <https://www.oecd.org/espanol/15aosdemexicoenlaocde.htm#:~:text=El%2018%20de%20mayo%20de,en%20el%20Diario%20Oficial%20de>.

Fuente: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

<https://www.oecd.org/acerca/>.

México fue la nación número 25 en unirse a la OCDE, y el primer país de latinoamérica, actualmente también se han integrado Chile, Colombia y Costa Rica. La organización realiza análisis comparativos en temas como rigidez del mercado laboral¹⁷ entre otros.

Si bien posterior a la conclusión del estudio realizado por la OCDE en 1996 “existe actualmente un sólido consenso político internacional en cuanto al contenido de un conjunto de estándares laborales básicos”¹⁸, la PTU no es uno de ellos.

En la tabla 1 se presenta una lista de los países miembros de la OCDE señalando cuáles de ellos contemplan en su legislación laboral la obligación de repartir utilidades de las empresas entre los trabajadores.

Bajo la premisa que dio origen a la disposición constitucional de reparto de utilidades en México que señala: “el trabajador desempeñará sus labores con más eficacia teniendo un interés personal en la prosperidad de la empresa”¹⁹ nos queda pendiente una futura investigación de tipo cuantitativo para verificar si la obligatoriedad del reparto de utilidades a los trabajadores de las empresas de los países miembros de la OCDE tiene alguna correlación con la productividad laboral.

Por lo pronto se muestran los datos estadísticos abiertos de la OCDE del Producto Interno Bruto (PIB) por hora trabajada²⁰ de cada uno de los países miembros y si en dicho país existe o no la obligatoriedad de reparto de PTU (Tabla 1).

¹⁷ Salazar López, (2022) https://www.dgcs.unam.mx/boletin/bdboletin/2022_403.html#:~:text=M%C3%A9xico%20fue%20invitado%20a%20integrarse,mayor%20bienestar%20de%20su%20poblaci%C3%B3n.

¹⁸ OCDE (2000) Comercio internacional y estándares laborales básicos, <https://www.oecd.org/employment/emp/1888610.pdf>.

¹⁹ Múgica, Recio, Colunga, Román, & Monzón. (1 de 12 de 2022). Cámara de diputados. Obtenido de <https://www.diputados.gob.mx/comisiones/traypres/iniclvii/inic32.htm#:~:text=%22Creemos%20equitativo%20que%20los%20trabajadores,es%20provechosa%20para%20ambas%20partes.>

²⁰ EL PIB por hora trabajada es una medida de la productividad laboral. OCDE. (29 de 11 de 2022). OECD. Obtenido de <https://www.oecd.org/acerca/>.

Tabla 1

Países miembros de la OCDE PTU obligatoria y PIB por hora trabajada

País	PTU obligatorio	PIB por hora trabajada	País	PTU obligatorio	PIB por hora trabajada
Irlanda	No	136.36	Suecia	No	106.66
Turquía	No	126.22	Alemania	No	106.1
Letonia	No	124.06	Australia	No	105.1
Lituania	No	123.48	Portugal	No	104.48
Estonia	No	122.79	Canadá	No	104.47
Costa Rica	No	122.16	Finlandia	No	104.3
Corea	No	120.51	Noruega	No	104.14
Polonia	No	120.29	Nueva Zelanda	No	104.14
Chile	Si	118.19	Austria	No	103.52
Israel	No	117.47	Bélgica	No	102.8
República Eslovaca	No	117.32	Italia	No	102.57
Eslovenia	No	114.87	Japón	No	102.43
Colombia	No	114.79	Francia	Si	102.19
Hungría	No	113.99	Reino Unido	No	101.73
Islandia	No	111.9	España	No	100.12
República Checa	No	110.4	Países Bajos	No	99.81
Estados Unidos	No	108.39	Luxemburgo	No	99.25
Dinamarca	No	108.3	Grecia	No	95.83
Suiza	No	108.24	México	Si	95.02

Fuente: Elaboración propia con base en datos de la OCDE

Como se puede observar en la Tabla 1, únicamente 3 de los 38 países miembros de la OCDE contemplan la disposición legal obligatoria de la participación a los trabajadores en las utilidades de las empresas.

Llama la atención que México se encuentra en el último lugar en cuanto a PIB por hora trabajada, con un valor de 95.02 que es el valor mínimo, mientras que el máximo es 136.36 alcanzado por Irlanda, que no tiene PTU obligatoria, la media está en 110.1155 (Tabla 2), observamos entonces que Chile -que tiene PTU obligatoria- está por arriba de la media con un valor de 122.16 mientras que

Francia y México, los otros dos países de la OCDE con PTU obligatoria, están por debajo de la media. De ninguna manera este análisis descriptivo afirma que haya una correlación entre la PTU y el PIB, se trata de un señalamiento preliminar para abrir una futura investigación que correlacione ambas variables.

Tabla 2

Estadísticos descriptivos PIB por hora trabajada

	N	Rango	Mínimo	Máximo	Media	Desviación estándar	Varianza
PIB por hora trabajada	38	41.34	95.02	136.36	110.1155	9.59524	92.069
N válido (por lista)	38						

Fuente: Elaboración propia

También encontramos que el 92.1 % de los países miembros de la OCDE no contemplan la PTU obligatoria en su legislación. (Tabla 3)

Tabla 3

Tabla de clasificación

	Observado	Pronosticado			
		Reparto utilidades		Porcentaje correcto	
		Sin reparto de utilidades	Con reparto de utilidades		
Paso 1	Reparto utilidades	Sin reparto de utilidades	35	0	100.0
	Con reparto de utilidades		3	0	.0
Porcentaje global					92.1

a. El valor de corte es .500

Fuente: Elaboración propia

3.2. Generalidades sobre el reparto de PTU en México

Si bien el reparto de PTU es una obligación constitucional fundamentada en el artículo 123 fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) que señala: “los trabajadores tendrán derecho a una participación en las utilidades de las empresas”, no todas las empresas están obligados a dicho reparto, conforme al artículo 126 de la Ley Federal del Trabajo:

- Empresas de nueva creación durante su primer año.
- Empresas nuevas que elaboran un producto nuevo, durante dos años.
- Empresas de extracción, nuevas, durante el periodo de exploración.
- Instituciones de asistencia privada sin fines de lucro para asistencia humanitaria y que no tengan beneficiarios asignados.
- Instituciones públicas descentralizadas que se dediquen a la cultura, de asistencia y de beneficencia.
- Empresas con capital mínimo fijado por la Secretaría de Trabajo y Previsión social.

En la misma Ley Federal del Trabajo, artículos 118 a 121, se señala la cronología a seguir para dar cumplimiento al reparto de la PTU: entregar copia de la declaración anual a los trabajadores dentro de los 10 días siguientes a que se presentó la declaración anual de impuesto, posterior a los cuales los trabajadores tienen 30 días para revisar y en su caso inconformarse contra la información presentada, así mismo se debe formar una comisión mixta que será encargada de determinar el monto que le corresponde a cada trabajador, dicha comisión debe integrarse con igual número de representantes de los trabajadores como representantes del patrón.

Toda empresa mexicana debe constituir una comisión mixta de reparto de PTU que es la encargada de verificar la existencia de PTU a través de recibir la declaración anual del patrón, así como de calcular la PTU a que tiene derecho cada trabajador, partiendo de la PTU total a repartirse determinada por la empresa, cuya fórmula está contenida en el artículo 9 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, y se muestra en la Tabla 4.

Tabla 4

Cálculo de la base para determinar la PTU

	Ingresos acumulables para ISR
<i>Menos:</i>	Deducciones autorizadas para ISR
	Percepciones exentas pagadas a los trabajadores, no deducibles para el patrón (artículo 28 fracción XXX LISR)
<i>Menos:</i>	
<i>Igual:</i>	Base gravable para ISR
<i>Por:</i>	Porcentaje de reparto de PTU vigente
<i>Igual</i>	Participación a los trabajadores en las utilidades de las empresas

Fuente: Elaboración propia con base en el artículo 9 de la LISR

Una vez que se obtuvo el monto total de PTU a distribuir, éste se dividirá en dos partes iguales: la primera parte se distribuirá en base a los días laborados por cada trabajador, -considerando como laborables los días de incapacidad por riesgo de trabajo y por maternidad- y la segunda parte se distribuirá en proporción al monto de los salarios devengados por cada trabajador durante el ejercicio; ello en base al artículo 123 de la Ley Federal del Trabajo, la PTU debe ser entregada al trabajador dentro de los 60 días siguientes a aquél en que deba pagarse el impuesto anual (30 de mayo, para personas morales y 29 de junio para personas físicas).

No todos los trabajadores tienen el derecho a recibir PTU, según el artículo 127 de la Ley Federal del Trabajo, los directivos de las empresas, llámese directores, administradores y gerentes generales, quedan excluidos, así como las personas que trabajen en el hogar y los trabajadores con contrato eventual que hayan laborado menos de 60 días en el año.

Con un sentido de protección al trabajador con menor ingreso, en la determinación de la PTU con base a ingresos, los salarios de los trabajadores de confianza estarán topados a un 20% adicional del salario del trabajador sindicalizado que mayor ingreso tenga.

El monto de la participación de los trabajadores al servicio de personas cuyos ingresos deriven exclusivamente de su trabajo, y el de los que se dediquen al cuidado de bienes que produzcan rentas o al cobro de créditos y sus intereses, no podrá exceder de un mes de salario (art. 127 fracción III LFT). Si bien la limitante anterior ha existido desde hace varios años, en la reforma de la Ley Federal de Trabajo en 2021 se incorpora una nueva limitación derivada de la prohibición de la subcontratación laboral, añadiendo la fracción VIII al artículo 127 de la LFT que se analizará a continuación.

3.3. Limitación al monto de PTU que perciben los trabajadores, derivado de la reforma de la Ley Federal del Trabajo

Como se ha comentado anteriormente, en abril de 2021 se reformó la Ley Federal del Trabajo con el fin de prohibir la subcontratación laboral y terminar así con la violación de los derechos de los trabajadores a través del uso ilegal de esta figura.

Dentro de las modificaciones a la Ley Federal del Trabajo, se adicionó la fracción VIII del artículo 127 de la Ley Federal del trabajo que establece: “VII.- El monto de la participación de utilidades tendrá como límite máximo tres meses del salario del trabajador o el promedio de la participación recibida en los últimos tres años; se aplicará el monto que resulte más favorable al trabajador”.

Esta disposición ha causado controversia, ya que lejos de ser protectora para el trabajador, el límite establecido genera un beneficio para la empresa, ya que no se trata un mínimo garantizado de reparto de PTU, sino un límite máximo de reparto, aun cuando el monto calculado para el trabajador conforme a tiempo e ingreso genere un monto superior.

Erreguera y Alcayde²¹ señalan que para que el proyecto de ley que prohíbe la subcontratación laboral pudiera llegar a su cauce, se acordó limitar la PTU para evitar una distorsión financiera y fiscal importante en las empresas que contaban con los servicios de subcontratación.

Así pues, en el Diario Oficial de la Federación el 23 de abril de 2021 se publicó el

DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo; de la Ley del Seguro Social; de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores; del Código Fiscal de la Federación; de la Ley del Impuesto sobre la Renta; de la Ley del Impuesto al Valor Agregado; de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 Constitucional; de la Ley Reglamentaria de la Fracción XIII Bis del Apartado B, del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Subcontratación Laboral²².

La modificación que nos ocupa en este punto es la relativa a la limitante en el monto de la PTU que recibirán los trabajadores, ya que se adicionó la fracción VIII al artículo 127 de la LFT sobre las normas sobre el derecho de los trabajadores a la PTU, que a la letra señala:

Artículo 127.- El derecho de los trabajadores a participar en el reparto de utilidades, reconocido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se ajustará a las normas siguientes:

I. a VII. ...

VIII. El monto de la participación de utilidades tendrá como límite máximo tres meses del salario del trabajador o el promedio de la participación recibida en los últimos tres años; se aplicará el monto que resulte más favorable al trabajador²³.

Sirva mencionar que limitar el monto de PTU que recibirá un trabajador no aparece por primera vez derivado de la reforma que prohíbe la subcontratación laboral; en el mismo artículo 127 de la LFT fracción III, existía previamente una limitación en el monto de la PTU a recibir de trabajadores al servicio cuyos

²¹ Erreguera Albaritero, J., & Alcayde Escalante, M. (2021). Limitante a la PTU, ¿cómo lograr una aplicación constitucionalmente válida? *Práctica Fiscal*, 17-28.

²² Diario oficial de la Federación (2021) https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5616745&fecha=23/04/2021#gsc.tab=0.

²³ Ley Federal del Trabajo (2021) <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFT.pdf>.

ingresos deriven exclusivamente de su trabajo y el de los que se dediquen al cuidado de bienes que produzcan rentas o a l cobro de créditos y sus interese, el cual no podrá exceder de un mes de salario.

La limitante anterior es aún más restrictiva que la limitante recién incorporada, y aunque aplica a diferentes casos, sienta un precedente de limitación de PTU a recibir por el trabajador.

Se observa que la limitante de monto de PTU a recibir por el trabajador es una disposición que beneficia a la empresa, no así al trabajador, “un derecho que protegiera la actividad laboral sin privilegiar la protección del trabajador sería un ‘derecho de la empresa’ una²⁴ ‘derecho de la producción’, pero nunca un ‘Derecho del trabajo’”²⁵.

Al margen del análisis de la constitucionalidad de esta limitante, nuestro objetivo es analizar su aplicación práctica, por lo que se presenta el siguiente caso de naturaleza profesional:

3.4. Efectos de la limitación de la PTU a repartir, caso práctico

Con el fin de observar de manera directa la afectación que tiene la incorporación de la fracción VIII al artículo 127 de la LFT en cuanto a la limitante del monto a percibir de PTU derivado de la reforma que prohíbe la subcontratación laboral, se presenta un caso práctico de naturaleza profesional.

Cabe señalar que si bien la limitante comentada es derivada de la reforma que prohíbe la subcontratación laboral, dicha limitante no hace distinción en su aplicación, por lo que corresponde calcularla en todos los casos y una vez determinado el monto que correspondería a cada trabajador, se aplicará la limitante.

En primer lugar, conforme a lo señalado en el artículo 9 de la LISR, se determina el monto total de PTU a repartir (Tabla 5).

²⁴ Sic.

²⁵ Rosenbaum Carli, Federico. 2023. «Debate: Actualidad Y Vigencia De Los Principios Del Derecho Del Trabajo». Revista Jurídica Del Trabajo 4 (10):130-35. <http://revistajuridicadeltrabajo.com/index.php/rjt/article/view/160>.

Tabla 5

Cálculo de la base para determinar la PTU

	Ingresos acumulables para ISR	11,800,000
<i>Menos:</i>	Deducciones autorizadas para ISR	6,000,000
	Percepciones exentas pagadas a los trabajadores, no deducibles para el patrón (artículo 28 fracción XXX LISR)	300,000
<i>Menos:</i>	Base gravable para ISR	5,500,000
<i>Igual:</i>	Porcentaje de reparto de PTU vigente	10%
<i>Por:</i>	Participación a los trabajadores en las utilidades de las empresas	550,000

Fuente: Elaboración propia con base en el artículo 9 de la LISR

Una vez que se tiene el monto total de PTU a repartir, se debe determinar cuánto le corresponde a cada trabajador conforme a lo establecido en la Ley Federal del Trabajo, el 50% de la PTU se distribuirá entre los trabajadores con base en los días laborados (tabla 6) y el otro 50% con base en los ingresos (Tabla 7)

Tabla 6

Distribución de la PTU con base en los días laborados por cada trabajador

<i>Trabajador</i>	<i>Días Laborados</i>	<i>Porcentaje</i>	<i>PTU por días laborados</i>
Trabajador A	365	21%	56,549.30
Trabajador B	360	20%	55,774.65
Trabajador C	320	18%	49,577.46
Trabajador D	365	21%	56,549.30
Trabajador E	365	21%	56,549.30
Total	1775	100%	275,000.00

Fuente: Elaboración propia con base en caso práctico y la Ley Federal del trabajo

Tabla 7

Distribución de la PTU con base en ingreso de cada trabajador

<i>Trabajador</i>	<i>Ingreso</i>	<i>Porcentaje</i>	<i>PTU por ingreso</i>
Trabajador A	420,000.00	25%	69,161.68
Trabajador B	400,000.00	24%	65,868.26
Trabajador C	250,000.00	15%	41,167.66
Trabajador D	250,000.00	15%	41,167.66
Trabajador E	350,000.00	21%	57,634.73
<i>Total</i>	1,670,000.00	100%	275,000.00

Fuente: Elaboración propia con base en caso práctico y la Ley Federal del trabajo

Posteriormente, se suman ambos montos para determinar la PTU máxima que podría recibir un trabajador. (Tabla 8)

Tabla 8

Suma PTU determinada por ingreso y PTU determinada por días laborados

<i>Trabajador</i>	<i>PTU por ingreso</i>	<i>PTU por días laborados</i>	<i>Suma PTU máxima</i>
Trabajador A	69,161.68	56,549.30	125,710.98
Trabajador B	65,868.26	55,774.65	121,642.91
Trabajador C	41,167.66	49,577.46	90,745.12
Trabajador D	41,167.66	56,549.30	97,716.96
Trabajador E	57,634.73	56,549.30	114,184.03
<i>Total</i>	275,000	275,000	550,000

Fuente: Elaboración propia con base en caso práctico y la Ley Federal del trabajo

De no existir la reforma en comento, el monto de PTU determinado en la tabla 6 sería la PTU bruta antes de impuestos la que le correspondería a cada trabajador, pero derivado de la reforma ese monto no es necesariamente el que corresponderá al trabajador; debemos compararla con la limitante.

La LFT señala 2 limitantes, debiendo aplicarse la que resulte de mayor beneficio para el trabajador, (Tabla 9) entre:

- 1) Tres meses de salario del trabajador.
- 2) El promedio de la PTU recibida en los tres últimos años.

Tabla 9

Determinación de limitantes al monto de PTU

<i>Trabajador</i>	<i>Limitante tres meses de salario</i>	<i>Limitante PTU recibida promedio 3 últimos años</i>	<i>Limitante a aplicar</i>
<i>Trabajador A</i>	150,000.00	100,000.00	150,000.00
<i>Trabajador B</i>	100,000.00	110,000.00	110,000.00
<i>Trabajador C</i>	62,500.00	90,000.00	90,000.00
<i>Trabajador D</i>	62,500.00	60,000.00	62,500.00
<i>Trabajador E</i>	87,500.00	60,000.00	87,500.00

Fuente: Elaboración propia con base en caso práctico y la Ley Federal del trabajo

Como se puede observar en la tabla 7, la limitante a aplicar es la que mejor convenga al trabajador, para los trabajadores A, D y E, la limitante son 3 meses de sueldo, mientras que para el trabajador B y C, la limitante es el promedio de la PTU recibida durante los últimos 3 años.

Una vez que se determina el monto de la limitante, se compara contra el monto de la PTU máxima determinado. (Tabla 10).

Tabla 10

Confrontación de la PTU máxima y la limitante

<i>Trabajador</i>	<i>Suma PTU máxima</i>	<i>Limitante a aplicar</i>	<i>PTU bruto</i>
<i>Trabajador A</i>	125,710.98	150,000.00	125,710.98
<i>Trabajador B</i>	121,642.91	110,000.00	110,000.00
<i>Trabajador C</i>	90,745.12	90,000.00	90,000.00
<i>Trabajador D</i>	97,716.96	62,500.00	62,500.00
<i>Trabajador E</i>	114,184.03	87,500.00	87,500.00
	550,000		475,711

Fuente: Elaboración propia con base en caso práctico y la Ley Federal del trabajo

Como podemos observar en la tabla 10, la PTU que corresponderá a cada trabajador está limitada, únicamente recibirá la PTU determinada cuando ésta es más pequeña que la limitante, como es el caso del trabajador A en la Tabla 10, en el resto de los trabajadores recibirán la PTU limitada y no la calculada.

También se puede observar en la tabla 10 que el monto de la PTU a repartir por la empresa disminuyó: se determinó una PTU a repartir conforme a la LISR de 550,000. -; pero al aplicar las limitantes de la fracción VIII del 127 de la LFT la PTU a repartir es de 475,711. - lo que representa un ahorro económico para la empresa de 74,289. - que conforme a las Normas de Información Financiera (NIF) mexicanas se debe restituir a los resultados del ejercicio donde se provisionó la PTU.

4. Conclusiones

La Participación de los Trabajadores en las Utilidades de las empresas es un derecho laboral vigente en México que no es común en el resto de los países.

Entre los países miembros de la OCDE únicamente encontramos a Chile y Francia con una legislación similar en cuanto a obligación de reparto de utilidades entre los trabajadores.

La legislación laboral mexicana sufrió un cambio en 2021 que prohíbe la subcontratación laboral distinta de la prestación de obras y servicios

especializados, buscando garantizar los derechos de los trabajadores al favorecer que sean contratados directamente por el patrón que se beneficia con sus servicios y no a través de figuras ilegales que violenten los derechos de los trabajadores.

Dentro de estas reformas se incorpora una que no es propiamente en beneficio del trabajador sino del patrón, se trata de un tope al monto de PTU que recibiría cada trabajador.

El establecimiento de una limitante al monto de PTU no es novedad, la LFT ya estableció limitantes anteriormente, como lo es el caso de un mes de salario contenido en la fracción III del artículo 127 de la LFT, avalada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La limitante al monto de PTU en 2021 se estableció para dar cauce a la reforma que prohíbe la subcontratación luego del diálogo entre gobierno, sector privado y los representantes de los trabajadores con el fin de evitar una distorsión financiera y fiscal en las empresas.

Esta reforma no garantiza el reparto de PTU, puesto que las reglas de determinación de PTU no sufren cambio, es decir, si la empresa tiene pérdidas no hay base de reparto de PTU.

Finalmente se presentó un caso práctico de naturaleza profesional con el que se ejemplifica la afectación directa tanto para patrón como trabajador de la aplicación de la limitante en monto de PTU establecida en la fracción VIII del artículo 127 de la LFT.

Como futuras investigaciones se propone un análisis cuantitativo que correlacione la obligatoriedad de reparto de PTU con una medida de productividad laboral como el PIB por hora trabajada para verificar si recibir una parte de las utilidades incide en la productividad laboral.

Bibliografía

- ERREGUERA ALBARITERO, J. y ALCAYDE ESCALANTE, M. (2021). Limitante a la PTU, ¿cómo lograr una aplicación constitucionalmente válida? *Práctica Fiscal*, 17-28.
- MILLÁN VALENZUELA, H. y COTA DÍAZ, E. (2021). México: el efecto de la eliminación de la subcontratación de personal sobre el empleo. Cofactor.
- MONTALVO ROMERO, J. (2008). “El Reparto de Utilidades: Futuro Incierto”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense XLI*.
- PÉREZ. (2007). Procedimiento para el cálculo y pago de la participación de los trabajadores en las Utilidades, Marco Teórico. Taller de prácticas fiscales, C1-11.
- PÉREZ CHÁVEZ, J. y FOL OLGUÍN, R. (2022). Capacitación Fiscal para Ejecutivos no Fiscalistas. Ciudad de México: Tax Editores.
- PÉREZ MONTALVO, J. y HERRERA GARCÍA, D. (2021). La PTU en el costo de Producción.
- RAMÍREZ, J.; MARES, J.; CUARENTA, S.; MENDOZA, L. y SANTOS, O. (2021). “El Outsourcing en México, sus nuevos cambios legales y laborales a partir de 2021”. *Revista Iberoamericana de Ciencias*.
- RODRÍGUEZ, B. (2018). Dan PTU 8% de empresas. *Vlex*, 2.

Recursos electrónicos

- BRITO LAREDO, J.; CARRILLO VIVEROS, J.; GOMIS HERNÁNDEZ, R. y HUALDE ALFARO, A. (2022). ¿El fin del outsourcing en México? Características de la nueva legislación y perspectivas de futuro. *región Y Sociedad*, 34. Disponible en: <https://doi.org/10.22198/rys2022/34/1558>.
- GRUPO PARLAMENTARIO DE MOVIMIENTO CIUDADANO. (2014). Iniciativas de Ciudadanos Legisladores. *Gaceta Parlamentaria: LXII/2SPR-11/418665*, 1. Disponible en: https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_comision_permanente/documento/48665.

MEZA MORA, L. R. (2019). Tercerización laboral en México. Subcontratación Laboral. Limites da terceirizacao no Direito Comparado, 66-79. Disponible en: https://trt15.jus.br/sites/portal/files/fields/colecoesdotribunal_v/estudos-juridicos-e-livros/2019/limites-da-terceirizacao-no-direito-comparado.pdf#page=67.

ROSENBAUM CARLI, F. (2023). “Debate: Actualidad Y Vigencia De Los Principios Del Derecho Del Trabajo”. *Revista Jurídica Del Trabajo*, 4 (10): 130-135. Disponible en: <http://revistajuridicadeltrabajo.com/index.php/rjt/article/view/160>.

**DEBATE: CONFLICTOS DE DERECHOS EN LA RELACIÓN DE
TRABAJO**

**DISCUSSION: CONFLICTS OF RIGHTS IN THE EMPLOYMENT
RELATIONSHIP**

El equipo editorial de la Revista Jurídica del Trabajo ha decidido proponer como tema de debate de este N° 11, el abordaje de los conflictos entre derechos fundamentales en el ámbito del trabajo, sus límites y la resolución de esta clase de problemas (por cierto, recurrentes y de difícil dilucidación).

El trabajo presentado por Óscar Hernández Álvarez y Jorge Rosenbaum Rimolo, además de aportar importantes ideas y pautas para que el operador jurídico pueda abordar esta clase de conflictos, invita sugestivamente a los lectores a reflexionar sobre esta temática tan intrincada que azota el mundo del trabajo.

En efecto, por un lado, destacan que la teoría general del derecho proporciona criterios formales sólidos como la jerarquía, la especialidad y la temporalidad, que sirven como herramientas valiosas para dar sentido y coherencia al sistema legal. Sin embargo, en un mundo complejo y cambiante, donde los derechos fundamentales a menudo se enfrentan en un choque de intereses, se revela una limitación en estos criterios formales. Por ello, señalan que estos criterios formales pueden quedarse insuficientes cuando se trata de resolver situaciones de contradicción entre diversos derechos fundamentales. Los principios inherentes a la fundamentalidad de estos derechos a menudo trascienden los criterios jerárquicos y temporales, dejando a los operadores jurídicos en un terreno incierto.

Por otro lado, los autores también describen las posturas que proponen recurrir a un “balance” o “ponderación” de los derechos fundamentales en conflicto. Este proceso, conocido como el “balancing test” implica que el operador jurídico debe sopesar las consecuencias de la prevalencia de un derecho fundamental sobre otro y determinar cuál de ellos se alinea mejor con los valores del ordenamiento jurídico en un caso concreto. Aunque esta técnica proporciona flexibilidad, también ha sido objeto de críticas debido a su naturaleza subjetiva y su falta de previsibilidad.

De ello se deriva una inevitable crítica a la técnica de ponderación, ya que esta dependencia de la interpretación subjetiva del operador jurídico socava la búsqueda de seguridad jurídica. La falta de un patrón general para la

solución de casos similares puede generar incertidumbre y disminuir la coherencia en la aplicación del derecho.

A partir de ello, los autores destacan otro punto de vista, al indicar que en muchos casos, no se trata de un conflicto entre derechos fundamentales, sino de determinar los límites de aplicación de tales derechos. En este enfoque, el juez no pondera derechos en conflicto, sino que se concentra en definir si una conducta se encuentra dentro de los límites de los derechos de cada sujeto involucrado. Aquí, la clave no es dar prevalencia a un derecho sobre otro, ni basarse en juicios subjetivos, sino examinar si las acciones de las partes se ajustan a los límites de los derechos que reclaman, teniendo en cuenta los principios que rigen el Derecho del trabajo.

En síntesis, la resolución de conflictos de derechos fundamentales es un desafío complejo y delicado en el terreno jurídico. Las conclusiones presentadas en este tema de debate, resaltan la necesidad de una reflexión persistente sobre cómo abordar estas situaciones, equilibrando la protección de los derechos fundamentales con la búsqueda de seguridad jurídica y coherencia en nuestras decisiones. En última instancia, se trata de encontrar un equilibrio que garantice la justicia y la efectividad de los derechos fundamentales en una sociedad en constante evolución.

Federico Rosenbaum Carli¹

(Coordinador del tema de debate del N° 11)

¹ *Doctor en Derecho (PhD) del programa de Administración, hacienda y justicia en el Estado Social y Magíster (LLM) en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Universidad de Salamanca, España. Profesor Adjunto e investigador de alta dedicación (PiAD), Universidad Católica del Uruguay. Investigador activo del Sistema Nacional de Investigadores (SNI-ANII). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1152-6561>. Correo electrónico: federico.rosenbaum@ucu.edu.uy.*

CONFLICTOS Y LÍMITES ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULADOS CON EL TRABAJO

CONFLICTS AND LIMITS BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS LINKED TO WORK

Óscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo, Universidad Lisandro Alvarado, Barquisimeto (Venezuela). Académico de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Anterior Vice-Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro de la Academia de Ciencias Políticas de Venezuela.

ohernandez07@gmail.com

Jorge ROSENBAUM RIMOLO

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

jrosen@adinet.com.uy

Fecha de envío: 27/09/2023

Fecha de aceptación: 02/10/2023

CONFLICTOS Y LÍMITES ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULADOS CON EL TRABAJO

Óscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Jorge ROSENBAUM RIMOLO

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Resumen: Sabido es que los criterios clásicos de resolución de la contraposición de normas jurídicas (jerárquico, cronológico y de especialidad), no operan adecuadamente cuando la antinomia se produce entre diferentes derechos fundamentales invocables. De allí que una vasta elaboración doctrinaria y jurisprudencial se haya inclinado por otras técnicas jurídicas, consistentes en ponderar y determinar el orden de prevalencia de uno u otro derecho fundamental en cada caso concreto. Este proceso selectivo, conocido también como “balancing test”, procura establecer cuál de los derechos fundamentales ha de ser considerado como de mayor peso y, por lo tanto, prevalecer frente a otro u otros derechos, también fundamentales, que, sin ser derogados, sin embargo, resultan desplazados según cada situación examinada. Sucede que la técnica de la ponderación es criticada porque, en definitiva, está sujeta a una interpretación y valoración subjetiva del operador jurídico. Valoración subjetiva del intérprete, que, por otra parte, no siempre es predecible y, en consecuencia, impide establecer un patrón general para la solución de casos similares. De allí que otras construcciones técnicas se inclinen por considerar que no existe un auténtico conflicto entre derechos fundamentales, sino que lo que importa por sobre todo es determinar los límites de aplicación de tales derechos. En este caso, lo que debería determinarse es si la conducta que ha de juzgarse, aplicándose las normas jurídicas vigentes al caso concreto, encuadra o no dentro los límites de esos derechos. Y más aún, en opinión de los autores, siendo que

en general, los derechos laborales suelen ser reconocidos como fundamentales, cuando se presentan conflictos entre éstos, debería analizarse si la conducta de las partes se encuadra dentro de los límites de los derechos en juego, tomando en cuenta los particularismos del Derecho del trabajo y muy especialmente los principios que inspiran la disciplina laboral.

Palabras clave: Derechos fundamentales - Técnicas de ponderación - Proporcionalidad - Particularismos del Derecho laboral - Principios del Derecho laboral

Sumario: 1. Introducción. 2. Ejemplos que con frecuencia se plantean en la praxis. 3. La bifurcación conceptual entre colisión de reglas y colisión de valores o derechos abstractos. 4. Dilemáticas en el terreno de lo jurídico para la resolución de conflictos que involucran principios o valores. 5. El “balancing test”. 6. La ponderación de derechos fundamentales contrapuestos en el ámbito de la empresa donde se desenvuelve trabajo subordinado. 7. Problemas que presenta la técnica de la ponderación. 8. ¿Desplazamiento de un derecho fundamental por otro o lógica determinación de los límites de los derechos? 9. Análisis de la operatividad de los criterios a la luz de un ejemplo supuesto. 10. Comentario de una sentencia que recepciona el criterio propuesto. 11. La contradicción de derechos fundamentales en el ámbito laboral. 12. Conclusiones.

Abstract: It is well known that the classic criteria for resolving the conflict of legal norms (hierarchical, chronological and specialty) do not operate properly when the antinomy occurs between different fundamental rights that can be invoked. Hence, a vast doctrinal and jurisprudential elaboration has leaned towards other legal techniques, consisting of weighing and determining the order of prevalence of one or another fundamental right in each specific case. This selective process, also known as "balancing test", seeks to establish which of the fundamental rights must be considered as of greater weight and, therefore, prevail over another or other rights, also fundamental, which, without being repealed, however, are displaced according to each situation examined. It happens that the weighting

technique is criticized because, ultimately, it is subject to a subjective interpretation and assessment by the legal operator. Subjective assessment of the interpreter, which, on the other hand, is not always predictable and, consequently, prevents establishing a general pattern for the solution of similar cases. Hence, other technical constructions are inclined to consider that there is no real conflict between fundamental rights, but that what matters above all is to determine the limits of application of those rights. In this case, what should be determined is whether or not the conduct to be judged, applying the legal rules in force to the specific case, falls within the limits of those rights. Moreover, in the opinion of the authors, since in general, labor rights are usually recognized as fundamental, when conflicts arise between them, it should be analyzed whether the conduct of the parties falls within the limits of the rights at stake, taking into account the particularisms of labor law and especially the principles that inspire labor discipline.

Key words: Fundamental rights - Weighting techniques - Proportionality - Particularities of labor law - Principles of labor law

Summary: 1. Introduction. 2. Examples that frequently arise in practice. 3. The conceptual bifurcation between collision of rules and collision of abstract values or rights. 4. Dilemmatics in the legal field for the resolution of conflicts involving principles or values. 5. The "balancing test". 6. The weighing of conflicting fundamental rights in the field of the company where subordinate work is carried out. 7. Problems with the weighting technique. 8. Displacement of one fundamental right by another or logical determination of the limits of rights? 9. Analysis of the operability of the criteria in the light of an assumed example. 10. Commentary on a judgment that accepts the proposed criterion. 11. The contradiction of fundamental rights in the workplace. 12. Conclusions.

1. Introducción

Notoriamente muchos son los derechos laborales reconocidos como derechos fundamentales en los principales instrumentos internacionales sobre la materia¹. En el listado de derechos humanos contenidos en cada uno de estos instrumentos, figuran los más importantes derechos de los trabajadores: derecho al trabajo y a la libertad de trabajo, a la limitación de la jornada y el descanso, a la remuneración justa, a la libertad sindical y negociación colectiva, a la seguridad social, etc.²

En general se acepta que una parte importante de los derechos del y en el trabajo, forman parte del elenco de los derechos económicos, sociales y culturales, a la vez que otros derechos muy trascendentes (como es el caso de los derechos colectivos) interactúan en forma necesaria con los derechos civiles y políticos.

De allí que deba sostenerse que los derechos humanos ingresan al sesgo o transversalmente en el Derecho laboral y de la Seguridad social. Consideramos que el punto de partida reside en el trabajo y en su “especial” protección por la ley, todo lo que conforma un valor fundamental para la conciencia de la comunidad universal.

Y en ese ingreso de los derechos humanos en el Derecho del trabajo, han jugado también un importante rol las Cartas fundamentales a través de los sucesivos procesos u oleadas del constitucionalismo social³. Es notorio, incluso, que muchas de ellas han incorporado los derechos humanos como género “normativo” en su propio ámbito y, además, se ha abierto camino la aplicación directa del Derecho internacional, comprendiendo las principales Convenciones,

¹ Por sólo referenciar los ejemplos más relevantes, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y numerosos Convenios Internacionales del Trabajo de la OIT que desarrollan muchos de aquellos derechos.

² NEVES MUJICA, Javier. Las reglas constitucionales para la aplicación de la norma laboral, en Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP N° 43-44, 1990, Lima.

³ MURGAS TORRAZZA, Rolando. El nuevo constitucionalismo social y su relación con la protección del trabajo y con los derechos sociales como derechos humanos, en revista Derecho Laboral N° 250, abril - junio 2013, Montevideo.

Pactos, Declaraciones y Convenios Internacionales del Trabajo, así como Tratados de integración regionales que no sólo se han limitado a lo económico y comercial, sino que extendieron su brazo aplicativo a los aspectos sociales y laborales que acompañan estos procesos económicos, productivos y comerciales.

Recordemos que el trabajador es antes que nada persona y también ciudadano y como tal, titular de otros derechos generales, no específicamente laborales, pero que le acompañan inherentemente en el ámbito del trabajo⁴.

En América Latina, más allá de los grandes enunciados, sin embargo, suelen verificarse llamativos grados de ausencia de normas reguladoras concretas sobre el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador. Consecuentemente esto se proyecta también en la imprevisión regulatoria y procedimental de sus garantías y protección.

La dogmática laboral no dispone de elementos suficientes para enfrentar muchas de las cuestiones decisivas que emanan de los derechos fundamentales, siendo necesario recurrir entonces a otras disciplinas jurídicas, como el Derecho constitucional y de los derechos humanos, además de la propia Filosofía del derecho.

Ello ocurre muy especialmente con relación a las técnicas a emplear para la interpretación, integración y aplicación de los mismos, problemas operativos ventilados en general en contiendas judiciales y que derivan de la puesta en funcionamiento de aquellos derechos en el mundo real.

Con bastante frecuencia se producen en el trabajo y en su ámbito natural de desenvolvimiento (la empresa como unidad productiva), “agresiones”, “embates” y “colisiones” de derechos fundamentales entre sí. En especial, porque como correlato de un derecho fundamental lesionado, siempre existe otro derecho u otro principio de rango constitucional, que puede resultarle oponible y hasta contradecirle.

De allí que Baquerizo Minuche señale que:

⁴ ROMAGNOLI, Umberto. El futuro no será el que una vez fue, en Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales N° 10, 2015, págs. 15-18.

...el denominador común de los conflictos de derechos fundamentales consiste en que estos derechos, aun perteneciendo al mismo cuerpo constitucional, y por tanto teniendo muchas veces la misma jerarquía, temporalidad y especialidad, no pueden ser resueltos mediante los clásicos criterios de solución de antinomias normativas⁵.

Preliminarmente resulta constatable que no les son aplicables los criterios o reglas de jerarquía, temporalidad y especialidad del derecho común, para resolver los conflictos normativos que se presentan en un sistema de fuentes plural⁶. Porque cuando hablamos de derechos fundamentales, no es posible ajustar la primacía de los derechos enfrentados entre sí según estas reglas del derecho privado o público.

2. Ejemplos que con frecuencia se plantean en la praxis

No es otra la intención más que citar algunas de las numerosísimas situaciones que en la práctica cotidiana, constituyen ejemplos de colisiones de derechos en contextos como los que vienen de exponerse.

En primer lugar, muchas son las situaciones en las que el empleador ejercita actos propios de su poder de dirección que pueden agredir derechos fundamentales del trabajador. Esquemáticamente desarrollamos de modo apenas enunciativo, algunas hipótesis que suelen verificarse en el nivel de las relaciones individuales de trabajo.

a) Imposiciones sobre el aspecto personal (o de presencia) del trabajador:

Uso de barba o bigote, piercings, cabellos teñidos con colores llamativos, obligaciones sobre uso de medias transparentes impuestas a la mujer, exigencia

⁵ BAQUERIZO MINUCHE, Jorge. Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación, en Revista Jurídica de Derecho Público No. 1, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2009 y <https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2009/07/1-colision-derechos.pdf>.

⁶ Explicamos esto en términos sencillos. La jerarquía implica que normas de inferior rango no pueden contravenir a las superiores. La temporalidad se aplica cuando las normas que poseen el mismo rango y por tener la misma fuerza normativa, se contradicen entre sí. Para salvar este choque, prevalece la que es posterior en el tiempo, ya que se entiende que ha derogado a la anterior. Y la especialidad determina que las normas especiales privan sobre las generales de igual jerarquía.

o prohibición de usar polleras o faldas muy cortas, no uso de bermudas a los hombres, prohibición del uso de velo.

b) Controles ejercidos sobre el físico del trabajador:

Revisiones corporales al salir del lugar de trabajo, controles biométricos como la huella digital, los patrones faciales, las retinas, el iris o la geometría de la palma de la mano, empleando rayos inclusive.

c) Controles de movimiento y desplazamientos:

Geo localización para saber, en todo momento, dónde están los empleados (dentro y fuera de la empresa y aun en horas de descanso intermedio), sea por los vehículos que manejan u ocupan, o por la propia persona que porta un celular.

d) Controles sobre el uso de otros elementos técnicos:

Aplicaciones móviles para smartphones, tablets y laptops, que permiten llevar un control de su uso por el trabajador dentro y fuera de la empresa desde una plataforma de ésta, time trackers con programas informáticos que miden cuando arranca y apaga el ordenador, proxys de bloqueo, en especial "blacklist", donde el listado recoge las direcciones web no permitidas, respaldo de las comunicaciones por mail o ingresos a internet, filmación y hasta grabación de audio de los trabajadores en el desempeño de las tareas o en cualquier momento en áreas físicas de la empresa.

e) También coexisten situaciones que se plantean antes de la contratación del empleado:

Sometimiento a tests psico-técnicos que indagan aspectos de la intimidad personal durante el proceso de selección, prohibición de ejercer determinada profesión o actividad después del cese del contrato de trabajo (cláusulas de no competencia).

Parece claro que muchos de los casos planteados pueden percibirse de manera invasiva y agresiva por parte de los trabajadores, por sentirse potencialmente afectados en su dignidad y honra personal, privacidad, intimidad, integridad física o moral, seguridad, inviolabilidad de correspondencia, igualdad y derecho a no ser discriminado, libertad de conciencia, libertad de trabajo y su libre elección, imagen, etc.

Correlativamente, es en otro plano, el de las relaciones colectivas de trabajo, que se configuran fuertes choques de intereses, debido precisamente a la convivencia de derechos fundamentales que en forma inevitable dañan o conculcan derechos que se les contraponen. El ejercicio por los trabajadores y sus sindicatos de la huelga, las ocupaciones de los lugares de trabajo, la práctica de piquetes pacíficos, por un lado, y el derecho de ejercicio de la libertad de empresa y de propiedad del empleador, por el otro. Y en muchas ocasiones, hasta derechos fundamentales entre iguales, como la ocupación de quienes desenvuelven el conflicto y el derecho a trabajar de quienes no acompañan las medidas de presión; o el cierre patronal de la empresa principal y los derechos de industria o comercio de otras empresas (proveedoras, transportistas, depositantes, etc.).

3. La bifurcación conceptual entre colisión de reglas y colisión de valores o derechos abstractos

El problema cobra particular trascendencia cuando son los principios consagrados constitucionalmente, los que protagonizan este tipo de antinomias.

En tal caso resulta razonable preguntarnos si asistimos a verdaderos conflictos entre normas. Porque lo que sucede es que cuando hay colisiones entre diferentes derechos humanos, éstos en realidad representan valores o principios éticos, y no siempre y necesariamente constituyen normas (o reglas) jurídicas desarrolladas y reguladas *in extenso* por el ordenamiento vigente en cada país. Es el caso, a vía de ejemplo, del derecho de libre empresa y la dignidad o intimidad del trabajador.

Eso ocurre porque, a nuestro juicio, los derechos fundamentales para ser tales, no requieren estar consagrados expresamente por el derecho positivo. Se trata de derechos que no nacen de la Constitución; a lo sumo, las normas constitucionales lo que hacen posteriormente a su implantación, es reconocerlos o declararlos como derechos en vigor, con la finalidad de hacerlos ingresar al derecho positivo.

Entonces, como los derechos fundamentales existen antes que el Derecho⁷, el Estado debe respetarlos y garantizarlos. Esto traduce las ideas expuestas por Kant en cuanto a que primero está la humanidad y después devienen los derechos.

Agregamos que se trata de derechos que pertenecen naturalmente a las personas, en tanto seres libres y dotados de vida, libertad, conciencia, honra y dignidad (entre otros valores), que son reconocidos luego como sus derechos básicos por la única condición de hacer parte del género humano.

Y si valoramos el progreso del estado de derecho a lo largo del tiempo, veremos que existe una tendencia amplia en el mundo en cuanto a que los propios sistemas nacionales de Derecho son los que prioritariamente se ocupan de positivizar tales principios a través de su incorporación al ordenamiento jurídico como normas internas (muchas veces, de rango constitucional).

Por ello es que existen muchos derechos fundamentales implícitos que derivan de contenidos absolutamente nuevos. Devienen derechos fundamentales tácitamente aceptados como un ideal común de la comunidad en su conjunto.

Se ha ilustrado el aserto, señalando que casi hasta entrado el siglo XX, sobre la huelga no había una convicción de que se trataba de un derecho. Las luchas obreras lograron hacer entender que el conflicto es un elemento inseparable de la relación entre capital y trabajo, porque existen intereses que se oponen (de un lado y del otro de la relación jurídica, económica y social que genera aquel vínculo).

De allí que se sostenga que los derechos humanos son, ante todo, “valores” que “poseen una dimensión histórica determinada”⁸ y que cristalizan como tales generalizadamente en el seno de la conciencia ciudadana⁹.

⁷ Exposición de DE BUEN UNNA, Carlos, en VI Seminario Internacional y Comparado sobre Derecho del Trabajo, Fundación Universitas, Isla Margarita, Venezuela, mayo de 2016.

⁸ SORONDO, Fernando. Los Derechos Humanos a través de la Historia, en Revista Educación y Derechos Humanos, Año II, N° 3, 1988, Ed. Servicio Paz y Justicia, Montevideo.

⁹ Ha de reconocerse, no obstante, la dificultad de los procesos de homogenización contemporáneos, tanto desde la perspectiva de quienes defienden los criterios de preeminencia de una diversidad cultural entre los pueblos, y quienes abogan por un individualismo extremo al punto de preconizar que cada persona es libre de elegir sus propias normas y valores. (Conf. ÚBEDA DE TORRES, Amaya. Democracia y derechos humanos en Europa y en América, Ed.

4. Dilemáticas en el terreno de lo jurídico para la resolución de conflictos que involucran principios o valores

Tratándose de principios éticos, plantean verdaderas dificultades para el razonamiento o el discurso jurídico.

Tal como lo señala Alexy, “los principios racionales y la argumentación moral generales, no son suficientes para resolver controversias jurídicas”¹⁰. “...Debido a su alto grado de generalidad, estas proposiciones no son utilizables directamente para fundamentar una decisión. Se necesitan premisas normativas adicionales”.

De allí el aprieto en el que solemos caer los juristas para resolver estas antinomias que exceden el terreno y las técnicas de lo normativo. Este tipo de problemas exige acudir a técnicas diferentes a las que nos brinda la ciencia jurídica a la hora de interpretar, integrar o aplicar aquellos derechos humanos.

Una presentación simplificada para su análisis, nos permite reseñar tres premisas.

En primer lugar, los valores o principios ius-fundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino mucho más allá de eso, para todos los ámbitos del Derecho. Enfrentamos, pues, un “efecto de irradiación” de los derechos fundamentales sobre todo el sistema jurídico. Lo que provoca que los derechos fundamentales se vuelvan “ubicuos”¹¹.

En segundo término, cuando se examina la estructura de los valores y los principios en la realidad dinámica, puede verificarse objetivamente que unos como otros tienden a colisionar con frecuencia. Se trata de choques inevitables en la práctica, derivados de la naturaleza de las acciones humanas.

Reus, 2007, citando a FILIBECK, Giorgio, Les droits de l'homme entre éthique et politique dans la vie de la communauté internationale).

¹⁰ ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Madrid, 1997, Centro de Estudios Constitucionales.

¹¹ ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad, en El canon neo-constitucional, Coordinación Miguel Carbonell Sánchez, Leonardo García Jaramillo, 2010.

Y, en tercer lugar, ha de tenerse presente que ningún derecho es absoluto¹²; todos son relativos, al punto que deben ceder terreno frente a otros derechos también fundamentales, si una determinada circunstancia así lo impone.

La mayor dificultad radica en encontrar el método para definir cada circunstancia (que en general resulta de la casuística) y efectuar la valoración de la misma (que debería resultar lo más objetiva posible), para así arribar a una conclusión aplicable al caso concreto.

De allí que reconozcamos que una confrontación entre principios sólo puede resolverse por otros caminos o técnicas distintas a las que viabilizan la solución de las controversias entre simples normas.

Tradicionalmente, la jurisprudencia ha demostrado una preferencia nítida por la técnica de la ponderación¹³, encaminada no por criterios jurídicos, como los de la jerarquía, temporalidad o especialidad de las normas (según lo mencionáramos *supra*), sino por juicios de valor y apreciación ética (recurriendo a la equidad, más que al Derecho).

5. El “balancing test”

En ese contexto es que se ha ido generalizando un mecanismo técnico denominado “balancing test”, que constituye un juicio de ponderación para la búsqueda de la solución más adecuada y racional ante el enfrentamiento entre valores o principios contrapuestos. En términos teóricos, se trata de un procedimiento apreciativo que procura sopesar los derechos y su importancia en cada caso concreto, determinando lo más equitativamente posible cuál de ellos ha de preponderar por sobre el otro u otros.

Sirve para poner cada derecho en un platillo de la balanza y a partir de esa medida, argumentar cuál pesa más y “cuál debe rendirse” frente al otro¹⁴.

¹² O casi ninguno, según nuestra escala de conciencia en la ponderación sobre la vida y la libertad, por ejemplo.

¹³ ALEXY expresa que “una ‘ponderación de bienes’ será necesaria”.

¹⁴ ORREGO SANCHEZ, Cristóbal. Supuesto conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 37, N° 2, 2010, citando a SERNA, Pedro

Esta operación involucra una determinación fundada de argumentación del Juez cuando aplica el derecho, provocando el desplazamiento de uno de los derechos que se enfrentan.

6. La ponderación de derechos fundamentales contrapuestos en el ámbito de la empresa donde se desenvuelve trabajo subordinado

Los derechos fundamentales trasvasan las paredes permeables de la empresa, que constituye el ámbito laboral histórico en el que funcionan los procesos productivos, comerciales o de prestación de servicios. Es así que el trabajador, además de persona, se convierte en titular de derechos fundamentales en su rol específico de prestador dependiente del trabajo.

Como se ha dicho, la “ciudadanía de empresa” pretende conformar un elemento democratizador respecto del espacio y poder empresarial, ampliando la esfera de los derechos laborales, de modo que el trabajador goza y ejerce aquellos derechos atributivos del trabajo y además los que le resultan inherentes como persona y ciudadano. Esto provoca que se elaboren más límites al poder de dirección del empleador¹⁵.

Con destacada sagacidad, Palomeque y Álvarez de la Rosa son los autores a quienes se atribuye la incorporación de la terminología “derechos laborales inespecíficos” para hacer referencia a la vigencia de una amplísima gama de derechos fundamentales en el trabajo que no necesariamente surgen enunciados por el ordenamiento normativo¹⁶.

Pero al preguntarnos qué sucede en la realidad, descubrimos cuán exiguo es el grado de democracia que existe dentro de la empresa, así como cuán

y TOLLER, Fernando. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos, Buenos Aires, 2000, Ed. La Ley.

¹⁵ COLMENARES BASTIDAS, Ana María. Los derechos laborales inespecíficos. Enfoque en el Derecho Venezolano, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones de la UNAM (página web www.juridicas.unam.mx).

¹⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel y ÁLVAREZ DE LA ROSA, José Manuel, Derecho del Trabajo, Madrid, 1993, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. José Luis GOÑI SEIN precisa aún más el origen de esta expresión, y la atribuye al primero de los autores (es en el prólogo del libro de ROJAS RIVERO, G., La libertad de expresión, Trotta, Madrid, 1991, pp. 7-9, donde utiliza por primera vez esta expresión, citando en Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?).

teórico el real ejercicio de ciudadanía laboral del que efectivamente goza el trabajador.

La antinomia más frecuente en este marco es aquella en la que usualmente confrontan el principio de la libertad de empresa (cualquiera sea la forma en que éste se encuentre reconocido en los distintos países), con algún derecho fundamental del trabajador o de los trabajadores en general.

El juicio de ponderación propone basar la elección de cuál será el derecho prevalente que habrá de desplazar al otro a través de una operación intelectual sobre la que han trabajado arduamente los filósofos del derecho; entre ellos, el más nombrado suele ser Alexy, quien llega a construir fórmulas contentivas de reglas de inferencias para fundar ese método¹⁷.

Lo que suele proponerse es realizar tres juicios de valor acerca de la limitación o el desplazamiento que pretende imponer la empresa con un acto concreto, respecto de un derecho fundamental del trabajador.

Un primer juicio recaerá sobre la adecuación del acto (conducta, imposición, pretensión). Equivale –en nuestro concepto- a averiguar si se trata de la medida más idónea o apropiada para obtener el fin que persigue el empleador; o más perfectiblemente, si la misma responde a una causa objetivamente comprobable.

Una segunda opinión valora su necesidad, vale decir, si se trata del único recurso disponible al que puede apelar la empresa.

Y, por último, un tercer dictamen que pondera su proporcionalidad, o sea, si ello resulta de un equilibrio razonable.

Ha sido y es a través de estos criterios metodológicos que la jurisprudencia procede a abordar la resolución de conflictos internos entre derechos fundamentales, a la vista de la pobreza o escasez de normas reguladoras (legales o convencionales) del ejercicio de esos derechos fundamentales del trabajador¹⁸.

¹⁷ ALEXY, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, Madrid, 1993, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 111 y sigs.

¹⁸ A vía de ejemplo, la Corte Constitucional en Colombia describe el proceso en forma descriptiva, señalando que: *“el juicio de ponderación implica el análisis de las siguientes etapas, a saber:*
a. *Finalidad de la medida y la idoneidad de los medios elegidos para alcanzarla: para superar este análisis, la medida adoptada, que implica una restricción de derechos, debe (i) ser*

7. Problemas que presenta la técnica de la ponderación

La solución de aquellos casos en que se pueden presentar soluciones contradictorias provenientes de la aplicación de uno u otro derecho fundamental, presenta especiales dificultades a la hermenéutica jurídica. Ésta, concebida en sus términos tradicionales, ofrece, como se ha visto, soluciones muy claras a los casos en que diversas normas jurídicas entran en conflicto para la solución de un caso concreto. Los criterios de temporalidad, jerarquía y especialidad, anteriormente referidos, permiten al operador jurídico solucionar el conflicto de una manera clara y sencilla.

El operador jurídico no requiere enfrentar mayores problemas de interpretación ni de valoraciones jurídicas ni éticas para determinar, ante un determinado caso, cuándo una norma es jerárquicamente superior, es de más reciente vigencia o forma parte de una regulación especial de la materia a que dicho caso se refiere. Pero ya hemos visto las razones que determinan que esos criterios, tan claros y objetivos, no son mayormente útiles cuando se trata de derechos fundamentales.

En este caso, como se ha indicado, la tendencia doctrinaria y jurisprudencial que se viene de comentar indica que el operador jurídico debe enfrentarse a una técnica de ponderación que le permitirá determinar cuál derecho fundamental debe ceder frente a otro. Y eso sí requiere un delicado proceso argumentativo de interpretación y valoración. De los tres juicios utilizables: idoneidad, necesidad y proporcionalidad, los dos primeros, si bien requieren una ingente tarea de interpretación, al menos ofrecen al operador jurídico ciertas bases objetivas en las cuales puede sustentar sus conclusiones.

legítima desde una perspectiva constitucional y (ii) ser adecuada para conseguir la meta propuesta, es decir, los medios deben ser aquellos que permitan alcanzar efectivamente el fin perseguido.

b. La necesidad de la limitación: consiste en un análisis que permita establecer si la finalidad perseguida con la medida restrictiva de derechos puede alcanzarse mediante mecanismos menos lesivos para los derechos y principios interferidos.

c. La proporcionalidad. Esta etapa se basa en la realización de un estudio de los costos y beneficios de la medida sometida a control constitucional. Así, una medida es ajustada a la Constitución siempre y cuando no implique un sacrificio mayor al beneficio que puede lograr en una relación de costo – beneficio” (fallo de 04/08/2017 de la Sala Octava de Revisión).

Pero el tercer juicio, el de la proporcionalidad, implica un mayor nivel de subjetividad, ya que va a corresponder al intérprete determinar, de acuerdo a su propio criterio y a su propia valoración, no solamente jurídica, sino también ética, cuál de las soluciones posibles es más acorde con el sistema de valores propios del respectivo ordenamiento jurídico, la que se logra dando preferencia, en el caso concreto, a uno u a otro de los derechos fundamentales cuya aplicación se pretenda.

Esta técnica, según apunta Ignacio Villaverde, “determina que el límite a los derechos fundamentales ya no deriva de una norma constitucional, sino de la resolución ponderada que haga el juez en cada caso concreto”¹⁹. Como consecuencia de ello, se corre el riesgo de que los jueces, en virtud de ese vastísimo poder de interpretación del que pueden hacer uso para la solución de conflictos entre derechos fundamentales, incurran en un papel diferente al que constitucionalmente les corresponde y, en lugar de limitarse a aplicar el Derecho, asuman la generación de reglas jurídicas.

En este sentido, Arese señala que la ponderación “implica un riesgo de deconstruir el sistema ideado por el legislador, supra nacional o nacional, vale decir, colocar en manos de los jueces, la generación de normas, la generación de derechos, que pueda ir en contra del propio sistema normativo constitucional”²⁰. En orientación similar, Barrero Berardinelli dice:

“Tampoco creo que la apertura de los principios a la interpretación los convierta en tipos constitucionales en blanco a ser llenados de manera irrestricta por el operador jurídico, pues estos no revisten tal grado de generalidad como para que las operaciones que con ellos se realicen sean ilimitadas en la materia”²¹.

Por eso, puede considerarse que esta subjetividad es el “talón de Aquiles” de la técnica de la ponderación.

19 VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, Los límites a los derechos fundamentales, en Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978. Tecnos. 2004.

20 ARESE, César, en Seminario sobre Derecho Constitucional del Trabajo, Universitas Fundación, Aula Virtual, <http://universitasfundacion.com/aulavirtual/>

21 BARRERO-BERARDINELLI, Juan Antonio, El efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el Lüth de 1958, 20 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 213-246 (2012).

Entre las observaciones críticas que pueden hacerse a la técnica de la ponderación es que uno de sus pilares de sustentación, cual es la distinción entre principios y reglas, ha venido perdiendo validez, especialmente en el área de los derechos sociales, por cuanto el nuevo constitucionalismo social ha determinado una tendencia a la aplicabilidad inmediata de las normas constitucionales que consagran derechos, incluso cuando lo hagan en forma general. Ello comporta que los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, aun cuando lo sean en forma genérica, puedan tener prevalencia frente a reglas concretas legislativas, al punto de que se ha dado el caso de declaratoria de inconstitucionalidad de normas legislativas o reglamentarias que regulan específicamente una materia, por cuanto se han considerado contrarias a un principio constitucional

Por su parte, Barrero Berardinelli señala:

la mayor dificultad de esta técnica interpretativa no está dada por determinar cuál norma prevalece, sino por identificar si una determinada disposición es un principio o una regla constitucional, porque en una misma puede estar contenido a la vez un principio y una regla, como en efecto ocurre en el contenido dispositivo del artículo 11 de la Constitución colombiana, relativo al derecho a la vida y la prohibición de la pena de muerte, o por ejemplo, en el caso del artículo 29 superior, en el que comparten lugar un conglomerado de subprincipios y subreglas que integran el debido proceso.

Para luego apuntar que el riesgo de la ponderación está dado no solo por el alto grado de discrecionalidad que le asiste al operador jurídico, que es:

quien tiene la llave maestra que resuelve las colisiones...sino, adicionalmente, porque los principios, al ser concebidos como mandatos de optimización que se cumplen en la mayor medida de las posibilidades reales, esto hace que los derechos de contenido social no sean tan exigibles, ya que no pasan a ser obligaciones objetivas para el Estado, en tanto que debe garantizarlos únicamente si puede y no si debe, supeditando así las obligaciones de naturaleza social a la capacidad asistencialista del Estado y no a la necesidad humana. De esta manera, el principio de la progresividad de los derechos sociales queda desprovisto de toda fuerza normativa y condenado a no permitir el tránsito

decidido del ineficiente Estado social de derecho al auténtico estado de dignidad social²².

Es de observar que el mismo Alexy, como lo señala Covarrubias, “con posterioridad a su Teoría General, ha alterado el alcance fuerte de la distinción, al afirmar que hay un sentido amplio de los derechos fundamentales donde son formulados como principios, y otro estricto, donde son observados “como regla”²³.

Por último, se ha criticado el lenguaje empleado por la técnica de la ponderación. Así, Barrero Berardinelli apunta:

con el tiempo, los métodos de interpretación basados en la ponderación han adquirido un lenguaje cifrado, tanto en el test de igualdad norteamericano desarrollado mediante niveles de intensidad desde 1920, así como en el test de proporcionalidad europeo utilizado desde 1958 con la aplicación de subprincipios y la compleja mezcla resultante de la fusión entre estas dos metodologías que desde el 2001 se hizo en Colombia y que fue bautizado Test Integrado o Test de Razonabilidad, es poco más que un jeroglífico, propio de élites de conocimiento que convierten en fórmulas complejas el elemental concepto de la justicia. Esto se evidencia con mucha claridad, por ejemplo, en la confusa operación del balanceo, refinada por una escala tríadica: leve, moderada y seria, que en definitiva conduce a una falta de certeza empírica, normativa y aplicativa de todo orden²⁴.

8. ¿Desplazamiento de un derecho fundamental por otro o lógica determinación de los límites de los derechos?

Una de las doctrinas que critica la técnica de la ponderación, parte de considerar que en aquellas situaciones en que un determinado caso puede ser objeto de soluciones contradictorias por encontrarse involucrados en dicho caso dos o más derechos fundamentales cada uno de los cuales apunta hacia una diversa solución, no existe un conflicto entre los derechos fundamentales

²² Ibidem.

²³ COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, El Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy, REVISTA IUS E PRAXIS, Año 24, Número 3, 2018. pp. 477-524.

²⁴ BARRERO-BERARDINELLI, Juan Antonio, ob. cit. en nota 3.

aparentemente en pugna, sino un problema de determinación de los límites de cada uno de esos derechos. En este sentido, Presno Linera afirma:

Hemos venido hablando de conflicto «aparente» de derechos porque, en rigor, no hay tal enfrentamiento entre ellos, entre la libertad de expresión y el derecho al honor, entre la libertad ideológica y el derecho a la salud, sino que ese «conflicto», de existir, sería entre el derecho fundamental en cuestión –la libertad de expresión o la libertad ideológica, por ejemplo– y los límites, internos o externos, que quepa derivar del texto constitucional.

Este autor entiende por límites internos “a los dispuestos explícitamente por la Constitución (los «límites positivos) y a los que derivan de la coexistencia de los derechos fundamentales con otras normas de igual rango constitucional («límites inmanentes» o «lógicos»); son «externos» los creados por el poder público habilitado a tal fin por la Constitución”.

Son estos límites”, agrega, “los que nos ayudan a resolver las situaciones en las que, por seguir con el ejemplo ya comentado, tanto la persona que ha emitido una información o formulado una expresión como la que se ha sentido lesionada en sus derechos al honor, la intimidad o la propia imagen, pretenden contar con el amparo constitucional. En esta línea, el texto constitucional español ya prevé (artículo 20.4) que las libertades de expresión e información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el mismo Título, en los preceptos de las leyes que las desarrollen y, «especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». No puede haber, en suma, un conflicto porque si una expresión está constitucionalmente protegida es porque no ha menoscabado el derecho al honor y si ha lesionado este derecho tal cosa ocurre porque la expresión no podía considerarse un ejercicio de la libertad iusfundamental²⁵.

Si se adopta este punto de vista, no corresponde ya al juez dictar una resolución ponderada y necesariamente subjetiva para determinar cuál derecho fundamental debe prevalecer en el caso concreto.

Presno Linera sostiene que la técnica de la ponderación “no es constitucionalmente adecuada para resolver los conflictos (aparentes) entre

²⁵ PRESNO LINERA, Miguel Ángel, Una crítica al uso de la teoría de la ponderación en los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales en 2016, *Liber Amicorum* homenaje al profesor Luis Martínez Roldán, Ediciones de la Universidad de Vigo, 2016, pp. 582 y 583.

derechos fundamentales; o al menos no lo es en el marco del sistema constitucional español que nace en 1978”. Señala que lo que procede:

es averiguar si una conducta concreta y controvertida –una expresión, una publicación en un medio de comunicación, la negativa a cumplir una obligación impuesta por una disposición jurídica...– está, o no, amparada por la norma de derecho fundamental. Para esta técnica no es necesario jerarquizar los derechos según el caso concreto y conforme a un orden de valores o intereses preferentes en cada situación –la prevalencia de la que habla el Tribunal Constitucional–, sino examinar sus recíprocos límites y constatar cuál de las expectativas de conducta solapadas no está privada de protección²⁶.

En el mismo sentido, Ignacio de Otto dice:

si se delimita el alcance de la protección que presta el derecho fundamental, los problemas tratados como limitación para proteger otros bienes constitucionales muestran ser, en realidad, cuando se trata verdaderamente de bienes de esa índole, problemas de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución en los que no se precisa ponderación alguna de bienes y valores, ni consiguientemente jerarquización de esa naturaleza, sino un examen pormenorizado del contenido de cada una de las normas. No cabe decir entonces que el derecho o libertad deben ceder ante otros bienes constitucionalmente protegidos –por ejemplo, la libertad de conciencia frente al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos– porque aquel tenga un menor peso o un inferior rango, sino que es la propia Constitución la que ha delimitado con una norma la extensión de la protección jurídica dispensada por el derecho... Nada, por tanto, de jerarquía de bienes y valores, sino exégesis de los preceptos constitucionales en presencia, determinación de su objeto propio y del contenido de su tratamiento jurídico, en definitiva, interpretación unitaria y sistemática de la Constitución²⁷.

Con esta misma orientación, Palomeque afirma:

“No se puede generalizar cómo se resuelve en la colisión entre derechos constitucionales, pues cada texto constitucional deberá establecer los mecanismos de respuesta para la solución del problema. No creo que se pueda

²⁶ Ibidem.

²⁷ DE OTTO, Ignacio, La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución, Obras completas, Universidad de Oviedo, CEPC, Oviedo, 2010, p. 1498.

formular una teoría general sobre la colisión entre derechos que valga para cualquier situación de tiempo”.

El autor pregunta y responde:

¿Cómo debe proceder el operador jurídico en este caso de colisión entre derechos que han sido recogidos estos derechos en plano de igualdad como derechos fundamentales por un mismo texto? Creo que debemos acudir a los propios criterios que el legislador constitucional ha establecido para resolver este problema. No lo podemos resolver a la luz o con arreglo a nuestras preferencias personales o a las preferencias personales de un juez a la hora de pronunciarse sobre este asunto. Por el contrario, tiene que ser resuelto por el operador jurídico con base en los criterios técnicos que el propio texto constitucional establece para resolver este problema. La técnica que utilizan los textos constitucionales en los diversos sistemas jurídicos es la noción de los límites de los derechos constitucionales. Y es que desde que se proclama un derecho constitucional o fundamental, el mismo aparece con determinados límites, límites que no vienen llovidos del cielo, sino que son establecidos por el propio legislador constitucional, conforme a sus opciones de política legislativa. Ningún derecho es ilimitado, salvo el derecho a la vida. Todos los demás derechos son limitados, en el sentido de que tienen límites externos, que no son límites derivados de una concepción material de los derechos desde el punto de vista de la dogmática filosófica o teórica, sino que son límites que se derivan de la conexión con otros derechos que son ejercidos simultáneamente por sus titulares en las diferentes esferas en las cuales se desarrolla ese ejercicio. Estos límites externos son los únicos posibles a tener en cuenta dentro de un análisis operativo si en un caso concreto se produce una colisión entre derechos. Así, pues, con el juego de los límites el ordenamiento jurídico pretende dar herramientas al juez que tenga que pronunciarse para resolver la controversia derivada de la colisión entre derechos, la cual es natural, forma parte de la fisiología del funcionamiento o del ejercicio de los derechos constitucionales o fundamentales. Por tanto, para resolver este asunto hay que acudir a un texto constitucional preciso y no a otra solución. Como dije anteriormente no se pueden formular soluciones generales sobre el tema, sino que hay que referirse a un ordenamiento concreto²⁸.

²⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, Conflictos y límites entre derechos fundamentales, en Revista Derecho del Trabajo, N° 26, Universitas Fundación, Barquisimeto, 2023.

A nuestro juicio, esta manera de enfocar el problema proporciona una solución más adecuada que la que puede lograrse con la técnica de la ponderación, ya que elimina el riesgo de gran subjetividad que ésta comporta. Determinar los límites de un derecho para precisar el alcance de su aplicación a un caso concreto forma parte de la tarea ordinaria que corresponde al Poder Judicial. Mientras que con la ponderación, el juez ejerce un poder que excede las facultades ordinarias propias del Poder Judicial, pues debe determinar, según su valoración individual y, por tanto subjetiva, cuál derecho debe ceder frente a otro, con la técnica de la delimitación corresponde al juez, haciendo uso de sus facultades ordinarias de interpretar y aplicar la ley, determinar cuál de las conductas en conflicto sometidas a su consideración, está realmente amparada por el determinado derecho que se alega, por llevarse a cabo dentro de los límites de ese derecho y cuál conducta no lo está, porque en su desarrollo excedió los límites del derecho alegado. Ningún derecho, fundamental o no, es absoluto, sino que está limitado por la vigencia y el respeto debido a los otros derechos. Administrar justicia, empleando los mecanismos de interpretación y de integración de las normas jurídicas, y determinado sus límites precisos para poder constatar si una determinada conducta está ajustada o no a estos, es la competencia y la tarea cotidiana de los jueces. En ejercicio de esa competencia, los jueces podrán decidir aquellos casos en los cuales dos partes enfrenten sus posiciones, alegando cada una que las mismas se encuentran amparadas por un derecho fundamental.

9. Análisis de la operatividad de los criterios a la luz de un ejemplo supuesto

Emplearemos el recurso pedagógico de describir un ejemplo supuesto a los efectos de mejor ilustrar la operatividad de estos juicios en el ámbito laboral.

En una farmacia que es la única que se encuentra en una zona relativamente alejada del centro de la ciudad, y en la cual se ha constatado un importante nivel de sustracción de productos, el empleador, para evitarla, dispone que los familiares de sus trabajadores no puedan entrar a la farmacia.

En este caso, el empleador toma esa medida en ejercicio de su derecho fundamental a la propiedad y consecuentemente, a la dirección de la empresa. Pero esa medida afecta el derecho fundamental a la salud de los familiares de los trabajadores, los cuales, si necesitan con urgencia algún medicamento, se ven en dificultades de adquirirlo, pues no hay otra farmacia cercana. Si esta colisión de derechos se somete al examen de un juez, este, aplicando el juicio de idoneidad, debería declarar que el derecho a la salud de los familiares de los trabajadores prima frente al derecho empresarial a la dirección, ya que la medida tomada no es idónea para evitar la sustracción de productos.

En efecto, la sustracción de productos puede seguir ocurriendo, pues no hay evidencia de que la misma se lleve a cabo mediante la participación de los familiares, en complicidad con los empleados. No obstante, esa medida, los propios empleados, sin ayuda de los familiares o los clientes, pueden seguir sustrayendo productos. En consecuencia, no siendo la medida adoptada idónea para lograr el fin perseguido, el juez debería sentenciar su anulación, dando preferencia al derecho de los familiares de los trabajadores a su salud, y haciendo ceder, frente al mismo, el derecho del empleador a la propiedad y dirección de la empresa.

Si en la farmacia del ejemplo, el empleador ha logrado determinar que los productos sustraídos no están al alcance de los clientes, sino solamente de los empleados, resulta lógico y, además idóneo, que se tomen medidas de control sobre los empleados, para evitar la sustracción. En vista de ello, el empleador decide que los empleados deben ser requisados cada hora, para ver si en sus ropas tienen productos sustraídos. Aquí se produce un choque entre el derecho de dirección del empresario y el de los trabajadores a su intimidad y dignidad personal. Para la decisión de este conflicto, el juez debería considerar que, si bien la medida es idónea, pues sirve al fin de determinar si los trabajadores sustraen productos, no es necesaria, porque bastaría con una revisión en el momento de salir del centro de trabajo para hacer esa determinación.

En el mismo ejemplo, y partiendo del supuesto de que se haya determinado que solo los trabajadores pueden sustraer los productos, el empleador decide que, a la salida del centro de trabajo, los trabajadores deben

someterse a una revisión, para determinar si llevan productos sustraídos. Esta medida es idónea, porque su aplicación permite determinar si un trabajador sustrajo o no productos, y es necesaria, porque la única forma de hacer esa determinación es revisar a los trabajadores a su salida. Pero sucede que, para hacer la revisión, el empleador hace pasar a los empleados a una habitación, en la cual deben desnudarse para que la vigilancia pueda constatar si llevan artículos sustraídos en su ropa interior. Sometido el caso a la consideración del juez, este, aun acertando en forma positiva los juicios de idoneidad y de necesidad, debería enfrentar el juicio de proporcionalidad o de ponderación en sentido estricto, y considerar si la violación a la intimidad y la consiguiente humillación experimentada por los trabajadores resulta proporcional al interés legítimo del empleador, de cuidar su propiedad y evitar las sustracciones. En este caso, en una decisión razonable, el juez debería decidir que el derecho a la intimidad prevalece, y que el empleador debe emplear otro tipo de mecanismo de revisión que no comporte una flagrante violación al derecho del trabajador a su intimidad.

Aplicando el criterio que se acaba de exponer, en el ejemplo propuesto, el juez no tendría que ponderar los derechos del empleador a la propiedad y dirección de su empresa, los derechos de los familiares de los empleados a su salud y los derechos de estos últimos a su dignidad personal e intimidad, ni determinar cuál de esos derechos debe prevalecer frente a otros derechos en la solución del caso, sino que, aplicando la normas jurídicas vigentes al caso concreto sujeto a su decisión, es decir, cumpliendo con la función que la Constitución le asigna, tendría que establecer si una determinada medida tomada por el empleador para proteger su derecho de propiedad y de dirección de su empresa, está o no dentro de la conducta que le permiten los límites de esos derechos.

Un razonamiento judicial adecuado podría establecer que prohibir el acceso a la farmacia de los familiares de los empleados excede los límites del derecho del propietario, porque, no siendo absoluto su derecho de propiedad, no puede privar arbitrariamente a determinadas personas del acceso a su empresa que presta un servicio de interés público. Por el contrario, el hacer una revisión

personal a los trabajadores al salir de la empresa es una conducta permitida, siempre que no comporte una falta a la dignidad personal del trabajador, pues el derecho de propiedad, como todos los derechos, está sujeto a la limitación de no permitir el abuso en su ejercicio.

10. Comentario de una sentencia que recepciona el criterio propuesto

Se trata de un caso resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, en sentencia de fecha 18 de junio de 2014 en la cual declaró la nulidad de un despido de un trabajador enfermo de sida, resolvió el caso con fundamento en la determinación de los límites del derecho del empleador a la dirección de la empresa y el derecho del trabajador a la no discriminación. El falló se expresó así:

“Considerando, que el derecho del trabajo desde su nacimiento, contrario a lo sostenido por la empresa recurrente, ha establecido limitaciones a la autonomía de la voluntad, en el establecimiento de salarios mínimos, en las restricciones para la contratación de los trabajadores y en el caso de la especie en la terminación de los contratos de trabajo, sea por un estado natural, como es la maternidad, sea por padecer una enfermedad sensible como es vivir con el VIH, en ambos casos la legislación protege a los trabajadores para los casos de despido y desahucio;

Considerando, que ciertamente el derecho de la empresa a tomar decisiones propias al ejercicio de su poder conlleva limitaciones, es decir, no es absoluto sino que tiene límites, puesto que si bien la legislación y la Constitución reconocen la libertad de empresa, como un derecho fundamental y el empleador, en cuanto empresario es titular de una serie de derechos que se explican en función de su condición de empresario, éste tiene una serie de limitaciones sobre todo cuando es necesario ponderar, como es el caso de que se trata, el derecho a la vida y a un trabajo digno, en situaciones especiales donde el ciudadano trabajador y el trabajador ciudadano necesitan la protección necesaria y eficaz de los derechos derivados de su empleo, por ende requiere de estabilidad laboral y continuidad de sus labores, en consecuencia, como en la especie se declaró

ante el tribunal de fondo apegado a las normas y principios de la materia, la nulidad del desahucio ejercido en contra del recurrido;...”

“...Considerando, que cuando la legislación laboral vigente y la Constitución establecen medidas protectoras para asegurar la estabilidad en el empleo y al declarar la nulidad del desahucio de un trabajador que vive en condición de VIH, no puede considerarse como un atentado a la libertad empresarial sino como la consecuencia de la aplicación de los derechos fundamentales del trabajador y la prevalencia del principio protector del derecho del trabajo...”

“...Por tales motivos, **Primero:** Rechaza el recurso de casación interpuesto por la Empresa Distribuidora de Electricidad de Este, S. A., (Ideaste), contra la sentencia dictada por la Corte de Trabajo del Departamento Judicial de San Pedro de Macorís, el 13 de agosto del 2013, cuyo dispositivo se ha copiado en parte anterior del presente fallo; **Segundo:** Condena a la parte recurrente al pago de las costas del procedimiento”.

11. La contradicción de derechos fundamentales en el ámbito laboral

En materia laboral, dado que buena parte de los derechos laborales son reconocidos como fundamentales -como ya señalamos- y dada la contradicción de intereses propia de las relaciones de trabajo, es frecuente que se presenten conflictos entre derechos fundamentales. Arese expresa que, en general, en la vida real se plantean conflictos entre derechos, pero que la relación de trabajo es, especialmente, un escenario propicio para la tensión entre derechos fundamentales porque en la misma uno de los sujetos, el empleador, tiene poder para dirigir, no solo la actividad, sino la propia libertad del otro sujeto, el trabajador²⁹.

En este sentido, Baquerizo Minuche apunta:

Con bastante frecuencia se producen en el trabajo y su ámbito natural de desenvolvimiento (la empresa como unidad productiva), “agresiones”, “embates” y “colisiones” entre sí de derechos fundamentales. En especial porque como correlato al derecho fundamental lesionado, siempre existe otro derecho u otro

²⁹ ARESE, César, en Seminario Sobre Derecho Constitucional del Trabajo, Universitas Fundación, Aula Virtual, <http://universitatisfundacion.com/aulavirtual/>.

principio de rango constitucional, que puede resultarle oponible y hasta contradecirle³⁰.

Hemos listado distintos ejemplos que se generan en la realidad de la praxis y representan casos de colisión de derechos fundamentales en el ámbito laboral (supra, párrafo 2). Palmariamente resulta muy probable que en materia laboral se presenten situaciones en que empleador y trabajador sostengan posiciones contradictorias, fundamentando cada cual su respectiva posición en estar amparado por un derecho fundamental.

Detengámonos más extensamente en un ejemplo concreto que suele acaecer con frecuencia y ser objeto de controversias. Nos referimos a la instalación, por parte del empleador de cámaras de vigilancia en el local de la empresa. El empleador, que necesita tener una información fehaciente y actualizada de lo que ocurre en el local de la empresa, alega que la medida de instalar cámaras se fundamenta en el ejercicio de su derecho de propiedad y de dirección. El sindicato se opone a esta medida y fundamenta su oposición en el derecho de los trabajadores a su dignidad personal e intimidad. Como puede verse, hay dos posiciones contradictorias de las partes y cada una de ellas sustenta su respectiva posición en un derecho fundamental que le ampara y que consideraría violado si prevalece la posición de la parte contraria. A nuestro juicio, el operador jurídico a quien corresponda la decisión de la controversia debe analizar los derechos que cada una de las partes alega, establecer sus respectivos límites y determinar hasta qué punto la posición alegada por las partes se encuentra ajustada a los límites de esos derechos o los sobrepasa.

En el ejemplo propuesto, una decisión razonable debería determinar que el empleador tiene efectivamente el derecho de vigilar y controlar lo que pasa en el ámbito físico de empresa, pero que ese derecho no es absoluto, sino que encuentra limitado por el derecho de los trabajadores a su dignidad personal y a su intimidad. En consecuencia, debería decidirse que es lícito instalar cámaras de vigilancia siempre y cuando no se esté atentando contra esos derechos a los

³⁰ BAQUERIZO MINUCHE, Jorge, Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación, en Revista Jurídica de Derecho Público No. 1, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2009 y <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico/1-colision-derechos.pdf>.

trabajadores. En este orden de ideas, sería lógico decidir que es lícito instalar cámaras en los estacionamientos, áreas de acceso y de salida, entrada de la empresa, lugares de trabajo, la caja y áreas de venta, si fuere el caso. El hecho de que se instalen medios tecnológicos de vigilancia en esos sitios no comporta una violación de la intimidad del trabajador, ni un atentado contra su dignidad personal. Por el contrario, si se instalasen cámaras de vigilancia en los vestuarios y en los sanitarios, sí se estaría atentando contra esos derechos fundamentales del trabajador. A nuestro juicio, para solucionar la controversia, el operador jurídico no requiere dar prevalencia a un derecho frente a otro, ni establecer juicios subjetivos de valor sobre la importancia que en el caso concreto tienen los derechos en controversia. Simplemente, debe examinar si la conducta del empleador, objetada por el sindicato, es decir, en esta situación concreta, la instalación de cámaras de vigilancia, se encuadra dentro de los límites del derecho del empleador a la propiedad y dirección de la empresa. Por tanto, lo que debe indagarse en realidad no es la existencia o no de la licitud de ejercitar uno u otro derecho, sino el punto en el cual el empleo de un derecho lesiona irremediablemente la esfera de protección del otro derecho.

En el razonamiento que venimos haciendo, la instalación de tales cámaras en los que podríamos llamar “sitios abiertos” de la empresa es una conducta comprendida dentro de los límites de los derechos del empleador, y es, por tanto, legítima. Por el contrario, la instalación de cámaras en vestuarios y sanitarios excede las fronteras de los referidos derechos del empleador, los cuales se encuentran, en este caso, limitados por el derecho de los trabajadores a su dignidad personal e intimidad.

Una consideración importante que agregar es que cuando el caso se presenta en materia laboral, para decidir, el operador jurídico debe tomar en cuenta los particularismos del Derecho del Trabajo y muy especialmente los principios que inspiran la disciplina. En efecto consideramos que resulta indispensable tener en cuenta que existen particularismos propios del Derecho del Trabajo que operan sobre la aplicación de estos criterios de ponderación. Hemos venido afirmándolo básicamente por dos fundamentos. El primero es que en la disciplina (que es conceptualizada muy genéricamente como un conjunto

de normas y principios que regulan el trabajo subordinado), este último es un valor trascendente que debe ser protegido por la ley, según mandato de amplia recepción en la mayoría de las Constituciones. El segundo deriva de reconocer que el Derecho del Trabajo posee otros principios propios y particulares, incluso distinguibles de los principios generales del Derecho. Ha sido nuestra opinión que estos, siempre que resulten procedentes, deben ingresar en el test de ponderación (p. ej., eso ocurriría respecto de la continuidad de la relación de trabajo en desmedro de su extinción, la irrenunciabilidad o indisponibilidad de condiciones más beneficiosas con las que ya cuenta el trabajador, la desigualdad de trato que puede implicar una medida o conducta empresarial objetivamente discriminatoria, la progresividad de los derechos de los trabajadores, salvo que exista una grave crisis comprobada y con las limitaciones que imponen las normas internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales, etc.).

En suma, a nuestro criterio, cuando al operador jurídico, juez o funcionario de la administración del trabajo le corresponda decidir un caso en cual ambas partes tienen pretensiones contradictorias, sustentadas por cada una de ellas en un derecho fundamental que les ampara, el operador debe examinar tales derechos, determinar sus límites y decidir cuál de las conductas en contradicción se encuentra dentro de los límites propios del derecho alegado y cuál los excede. En esta tarea, el operador tendrá que tomar en cuenta los principios que inspiran la disciplina laboral, muy especialmente el principio protector y el *“in dubio pro operario”*.

12. Conclusiones

Primera: La teoría general del Derecho aporta criterios formales para la solución de los conflictos entre normas jurídicas: jerarquía, especialidad y temporalidad. Tales criterios no son muy útiles en las situaciones de contradicción que pueden presentarse por la aplicación a un caso concreto de diversos derechos fundamentales que apuntan a soluciones diferentes, dado que la fundamentalidad implica principios de necesaria aplicación que trascienden tales criterios formales.

Segunda: Una abundante doctrina y jurisprudencia señalan que, para solucionar tales contradicciones, el operador jurídico debe ponderar las consecuencias que tendría la prevalencia de uno u otro derecho fundamental para la solución del caso concreto (proceso conocido también como “balancing test”) y determinar cuál de los derechos fundamentales procuraría una solución más acorde con los valores del ordenamiento jurídico. Ese derecho, por ser considerado como de mayor peso que el otro u otros derechos en conflicto, debe prevalecer, para el caso concreto, frente a los otros.

Tercera: La técnica de la ponderación ha sido criticada porque, según la misma, la prevalencia de un derecho fundamental que desplaza a otro derecho fundamental depende en gran parte de la interpretación y valoración subjetiva del operador jurídico, lo cual no parece muy cónsono con la búsqueda de seguridad jurídica propia de todo sistema judicial, pues desplaza la solución del caso del texto objetivo de la Ley a la valoración subjetiva del intérprete, que no siempre es predecible, lo cual dificulta el establecimiento de un patrón general para la solución de casos similares.

Cuarta Partiendo de la crítica a la técnica de la ponderación se ha considerado que en los casos en los cuales dos conductas o pretensiones contradictorias pretenden cada una justificarse en un derecho fundamental, no se presenta en realidad un tema de conflicto entre derechos fundamentales, sino de determinación de los límites de aplicación de tales derechos. De acuerdo con esta concepción, en tales casos no se estaría planteando, como apuntan los partidarios de la técnica de la ponderación, un conflicto entre diferentes derechos fundamentales que corresponden a los sujetos intervinientes, sino que, por el contrario, lo que estaría planteado es considerar el alcance de los límites de los derechos de cada sujeto, para poder determinar si su conducta se encuentra o no dentro de los límites de sus derechos. Es por ello que el Juez no tendría que ponderar los derechos de las partes en conflicto, sino que, aplicando las normas jurídicas vigentes al caso concreto sujeto a su decisión, es decir, cumpliendo con la función que la constitución le asigna, tendría que establecer si una determinada conducta está o no dentro los límites de esos derechos.

Quinta: En materia laboral, dado que buena parte de los derechos laborales son reconocidos como fundamentales y dada la contradicción de intereses propia de las relaciones de trabajo, es frecuente que se presenten conflictos entre derechos fundamentales. Para solucionar estas controversias el operador jurídico no requiere dar prevalencia a un derecho frente a otro, ni establecer juicios subjetivos de valor sobre la importancia que en el caso concreto tienen los derechos en controversia. Simplemente debe examinar si la conducta de las partes se encuadra dentro de los límites de los derechos que están respectivamente alegando. Para ello el juez laboral o funcionario de la administración del trabajo deben tomar en cuenta los particularismos del Derecho del trabajo. Muy especialmente los principios que inspiran la disciplina laboral.

Bibliografía

- ALEXY, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- ALEXY, R. (2010). “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en Miguel Carbonell Sánchez y Leonardo García Jaramillo (Coords.), *El canon neo-constitucional*.
- BARRERO-BERARDINELLI, J. A. (2012). “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el Lüth de 1958”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 10 (20).
- COVARRUBIAS CUEVAS, I. (2018). “El Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy”, *REVISTA IUS E PRAXIS*. Año 24. Número 3.
- GOÑI SEIN, J. L. (1991). Prólogo, en ROJAS RIVERO, G., *La libertad de expresión*. Trotta. Madrid.
- MURGAS TORRAZZA, R. (2013). “El nuevo constitucionalismo social y su relación con la protección del trabajo y con los derechos sociales como derechos humanos”, *revista Derecho Laboral*. N° 250. Montevideo.
- NEVES MUJICA, J. (1990). “Las reglas constitucionales para la aplicación de la norma laboral”, *Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP*. N° 43-44. Lima.
- ORREGO SANCHEZ, C. (2010). “Supuesto conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral”, *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 37. N° 2.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, J. M. (1993). *Derecho del Trabajo*. Madrid. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces.
- PRESNO LINERA, M. Á. (2016). “Una crítica al uso de la teoría de la ponderación en los conflictos (aparentes) entre derechos fundamentales en 2016”, *Liber*

Amicorum homenaje al profesor Luis Martínez Roldán. Ediciones de la Universidad de Vigo.

ROMAGNOLI, U. (2015). “El futuro no será el que una vez fue”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*. Nº. 10.

SORONDO, F. (1988). “Los Derechos Humanos a través de la Historia”, *Revista Educación y Derechos Humanos*. Año II. Nº 3. Ed. Servicio Paz y Justicia. Montevideo.

ÚBEDA DE TORRES, A. (2007). *Democracia y derechos humanos en Europa y en América*, Ed. Reus.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. (2004). *Los límites a los derechos fundamentales, en Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Tecnos.

DE OTTO, I. (2010). La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución, *Obras completas*. Universidad de Oviedo. CEPC. Oviedo.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. (2023). “Conflictos y límites entre derechos fundamentales”, *Revista Derecho del Trabajo*. Nº 26. Universitas Fundación. Barquisimeto.

Recursos electrónicos

BAQUERIZO MINUCHE, J. (2009). “Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación”, *Revista Jurídica de Derecho Público*. No. 1. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Disponible en: <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico/1-colision-derechos.pdf>.

COLMENARES BASTIDAS, A. M. *Los derechos laborales inespecíficos. Enfoque en el Derecho Venezolano*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones de la UNAM. Disponible en www.juridicas.unam.mx.

www.revistajuridicadeltrabajo.com

