

ISSN 2697-3170

RJT

REVISTA JURÍDICA DEL TRABAJO

DIRECTOR

JORGE ROSENBAUM

COORDINADOR

FEDERICO ROSENBAUM

Vol. 5

No. 15

Septiembre-Diciembre
2024

Marzo de 2025.

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: Algunas transformaciones y desafíos del Derecho del Trabajoii

Paulo Roberto Lemgruber Ebert: La libertad sindical en serio y los casos Viking, Laval y Ruffert1

Renan Bernardi Kalil: De San José para Brasília: os parâmetros interamericanos de direitos humanos e a negociação coletiva35

Jorge Rosenbaum Rimolo: Revisión de algunos aspectos relevantes para combatir el acoso moral y sexual a partir del Convenio 190 de la OIT77

Federico Daverede Álvarez; Gabriela Gómez Audiffred: El conflicto laboral en las legislaciones de México y Uruguay en el Siglo XXI97

Manuel Carlos Palomeque López: La construcción institucional del Derecho del Trabajo121

DEBATE:

Jorge Rosenbaum Rimolo: Los desafíos de la crisis climática y los cambios en el medioambiente del trabajo139

Miguel Angel Maza: Condiciones de trabajo, cambio climático global y desarrollo sustentable. Efectos del cambio climático en el empleo y rol del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social143

Luiz Carlos Amorim Robortella: Derecho del Trabajo y medio ambiente170

EDITORIAL: ALGUNAS TRANSFORMACIONES Y DESAFÍOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

Transcurriendo ya un cuarto de siglo de esta era de grandes y vertiginosas transformaciones, el mundo del trabajo continúa preocupado por importantes disfunciones y asechanzas que, en el plano jurídico, plantean dudas e incertidumbres en el entorno de las bases estructurales del Derecho laboral.

La **Revista Jurídica del Trabajo** ofrece en el presente número 15 de su edición, un abordaje de altísimo nivel académico del **Dr. Carlos Manuel Palomeque López**, Catedrático y Profesor Emérito Honorífico de la Universidad de Salamanca, quien encara **el proceso de construcción institucional de la disciplina**. En términos históricos, se explicita el proceso evolutivo que catapultara la legislación obrera de las luchas y conquistas de la primera época, para transformarla en una ciencia jurídica como lo es el Derecho del trabajo contemporáneo. Como puntos de referencia, se examinan el surgimiento de las bases teóricas que conformaron el instituto del contrato de trabajo, el devenir de la constitucionalización de los derechos que fueron generándose a través del vínculo laboral y la progresiva y constante internacionalización que asumiera la disciplina. Es especialmente a partir de la creación de la OIT, cuando se proyecta, como lo sostiene el autor, una acción normativa y de cooperación técnica que catapultara la edificación y el mantenimiento de los sistemas laborales de los Estados miembros, en especial de aquellos de industrialización retardada o insuficiente. En épocas de un Derecho Internacional bajo ataque, que debe enfrentar profundas entropías, dura tarea la que le toca desenvolver a la OIT, agencia especializada de las Naciones Unidas, para cumplir sus objetivos institucionales: promover el trabajo decente; fomentar la paz universal, la justicia social y los derechos humanos laborales; establecer normas laborales; optimizar la seguridad social; fortalecer el diálogo social; reforzar la protección en las diversas formas de trabajo.

Asimismo, el **Dr. Renán Bernardi Kalil**, desarrolla un documentado estudio sobre **el desenvolvimiento de los parámetros interamericanos en materia de negociación colectiva**. Para ello, parte de una sistematización de

casos contenciosos y pareceres consultivos adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El objetivo del autor es proporcionar instrumentos adecuados para el control de convencionalidad en el sistema brasileño del Derecho laboral, compatibilizando de ese modo la legislación interna del país, con la Convención Americana de Derechos Humanos. Los contenidos aportados por el artículo permiten, de ese modo, acceder a principios, reglas y criterios con el fin de facilitar una convivencia más armoniosa entre las normas internacionales y el derecho interno de Brasil.

Bajo el acápite de **la Libertad Sindical en serio**, el Dr. **Paulo Roberto Lemgruber Ebert**, revisita los renombrados casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* resueltos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, proponiendo cambiar la perspectiva tradicional que plantea el “balancing test” entre derechos fundamentales, y enfocar los mismos bajo el prisma de que se trataría de derechos que conllevan contenidos objetivos, imponiendo determinadas soluciones en concreto. En estos pronunciamientos paradigmáticos, era factible la ponderación de la libertad sindical, por una parte, y otros derechos también fundamentales, como la libre circulación y el libre establecimiento, por la otra. El autor concluye que las prácticas de acción sindical emprendidas en los casos examinados, conformaban el contenido inherente de la garantía a la libertad sindical en el contexto normativo y principiológico europeo. Como podrá apreciar el lector, se plantea un desafío interpretativo e integrativo sobre el cual sea posible repensar qué situaciones pueden no conformar, en última instancia, una confrontación entre derechos fundamentales.

Los conflictos colectivos en las legislaciones laborales de México y Uruguay constituyen el contenido del desarrollo de los **Dres. Federcio Daverede Álvarez y Gabriela Gómez Audiffred**. Este estudio aporta un examen de la evolución histórica de las regulaciones legislativas por la que ha transitado México hasta adentrarse en el presente siglo XXI, destacando en forma principal la más reciente reforma laboral del año 2019. No se trata, como lo aclaran los autores, de un estudio comparativo entre los dos sistemas nacionales, sino que lo que se profundiza es la descripción del régimen imperante en el país del norte de América. Las menciones sobre Uruguay,

únicamente conforman referencias circunstanciales con el único fin de señalar algunas coincidencias o disidencias puntuales. Por lo tanto, los tópicos que son explicitados con detalle, versan sobre el nuevo sistema de justicia laboral que ha sido aprobado y puesto en funcionamiento en México; el sistema de solución de los conflictos individuales; y grandes trazos sobre el procedimiento de la negociación colectiva y los derechos a la libertad sindical.

Por último, en la sección Doctrina, se incorpora un estudio de **nuestra autoría**, que propone **revisar algunos conceptos regulatorios del Convenio 190 de la OIT para combatir el acoso moral y sexual**. Los criterios plasmados en la norma internacional, son de una amplísima laxitud. En sus contenidos, no solo define los comportamientos, conductas, actos o prácticas representativas de violencia y acoso con un criterio abierto, sino que también incluye aquellas basadas en razones de género o de naturaleza sexual. Desde el punto de vista objetivo, la tipología cubierta puede devenir indistintamente de la comisión reiterada de comportamientos o de un acto único, y hasta concretarse en la mera existencia de un riesgo o amenaza potencial, sin necesidad de que se concrete una lesión efectiva. También es muy vasto el ámbito subjetivo, con alcance en los sectores y actividades privadas o públicas, comprendiendo los lugares de trabajo y hasta las ocurrencias que pudieran acaecer en el trayecto hacia o desde este último. Y no se limita a cubrir a los trabajadores registrados cualquiera sea la modalidad contractual bajo la cual se desempeñan, sino que incluso buscan resguardar a quienes se desempeñan en la informalidad.

Como puede apreciar el lector, la diversidad de temas abarcados en el volumen que se comenta, refleja el propósito de la **Revista Jurídica del Trabajo** de en cuanto a brindar un espacio de divulgación del conocimiento y la investigación, a través de estudios teóricos y empíricos, que den cabida a opiniones plurales de distintos autores.

Un cometido que asumimos en el primer número editado y que mantenemos en estos cinco años de existencia en el medio académico.

Jorge Rosenbaum Rimolo
Coordinador

LA LIBERTAD SINDICAL EN SERIO Y LOS CASOS VIKING, LAVAL Y RUFFERT

TAKING FREEDOM OF ASSOCIATION SERIOUSLY AND THE VIKING, LAVAL AND RUFFERT CASES

Paulo Roberto LEMGRUBER EBERT

Investigador postdoctoral, Universidad de São Paulo (Brasil). Doctor en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de São Paulo (Brasil). Especialista en Derecho Constitucional, Universidad de Brasília (Brasil). Especialista en Derechos Humanos Laborales, empresas transnacionales y diligencia debida, Universidad de Castilla-La Mancha (España).

paulolemgruber@hotmail.com

Fecha de envío: 15/09/2024

Fecha de aceptación: 02/12/2024

LA LIBERTAD SINDICAL EN SERIO Y LOS CASOS VIKING, LAVAL Y RUFFERT

Paulo Roberto LEMGRUBER EBERT

Universidad de São Paulo (Brasil)

Resumen: El artículo propone la revaluación de los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* bajo una perspectiva distinta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en lugar de comprender los Derechos Fundamentales como conceptos sujetos a ponderaciones, busca situarlos como instituciones que poseen contenidos objetivos y que imponen determinadas soluciones en concreto.

Para tanto, se investigará si el derecho a la libertad sindical se presentaba en aquellos casos como obstáculo a la libre circulación y al libre establecimiento y si la ponderación de bienes se presentaba adecuada para solucionar aquel aparente conflicto.

Al final, se demostrará que los referidos casos no implicaban la aplicación de la libre circulación y el libre establecimiento o tampoco su ponderación con otros derechos y que las prácticas de acción sindical allí emprendidas eran coherentes con el contenido de la garantía a la libertad sindical en el contexto de integración europea.

Palabras clave: Libertad sindical - Contenido - Vinculación

Sumario: 1. Introducción. 2. El ámbito de actuación del TJUE, su vinculación a los Derechos Fundamentales y los criterios de resolución de los *casos difíciles*. 3 Los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* y la metodología del TJUE. La libertad sindical como *límite* a la libre circulación económica en el espacio europeo. 4. La libertad sindical *en serio*. Proposición de replanteamiento de los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* bajo la perspectiva dworkiniana de los Derechos Fundamentales. 5. Conclusión.

Abstract: The article proposes the revaluation of the *Viking*, *Laval* and *Rüffert* cases from a different perspective than the ECJ decisions that, instead of understanding Fundamental Rights as concepts subject to balancing, seeks to settle them as institutions that have objective contents and that impose certain specific solutions.

Therefore, it will be investigated whether the right to freedom of association is presented in those cases as an obstacle to free establishment and whether the balancing method is appropriate to resolve that apparent conflict.

At the end, it will be demonstrated that the aforementioned cases do not involve the incidence of free establishment or their balancing with other rights and that the practices undertaken there were consistent with the content of the guarantee of freedom of association in the context of European integration.

Keywords: Freedom of association - Content - Linkage

Summary: 1. Introduction. 2. The scope of action of the CJEU, its link to Fundamental Rights and the criteria for resolving difficult cases. 3 The Viking, Laval and Rüffert cases and the CJEU methodology. Freedom of association as a limit to free economic circulation in the European space. 4. Freedom of association seriously. Proposal to reconsider the Viking, Laval and Rüffert cases from the Dworkinian perspective of Fundamental Rights. 5. Conclusion.

1. Introducción

En 2007 y 2008, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) evaluó tres casos de amplia repercusión (*Viking*, *Laval* y *Rüffert*) que involucraban directamente la aplicación del Derecho Fundamental a la libertad sindical relacionados con la acción colectiva y la negociación colectiva, expresamente reconocidos no sólo en varios tratados de la EU sino también en algunos de los convenios y declaraciones más relevantes de la OIT.

El caso *Viking* (TJUE, C-438/05 *Viking* [2007] Rec. p. I-10779-10840) surgió de una situación fáctica en la que una compañía naviera finlandesa (*Viking Lane ABP*) registró uno de sus buques – el *Roselia* – bajo el bandera de Estonia y comenzó a utilizarle, con fines comerciales, con tripulantes estonios remunerados según los parámetros salariales establecidos en el país báltico.

Como reacción a tal artificio, el sindicato FSU – *Finland Seafarers Union* – que representa a los trabajadores de la marina mercante finlandesa implementó una serie de medidas de acción sindical encaminadas a obtener de la empresa *Viking* el cumplimiento de los parámetros retributivos estipulados en la legislación finlandesa y en los instrumentos colectivos firmados con las empresas locales de navegación.

Al considerar la cuestión el 11 de diciembre de 2007, luego de un trámite regular en los tribunales finlandeses, el TJUE deslegitimó las medidas implementadas por la entidad que representa a la gente de mar local bajo el entendimiento de que el derecho a la acción sindical no podría ejercerse hasta el punto de hacer inviable la libre circulación y el libre establecimiento garantizados a los empresarios y a los trabajadores por los artículos 43 y 49 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

El caso *Laval* (TJUE, C-341/05, *Laval* [2007] Rec. p. I-11767-11894) se refiere a una situación en la que una empresa con sede en Letonia ganó una selección pública para la construcción de centros escolares en Suecia y, al final, se trasladaron equipos de trabajadores al país escandinavo, quienes recibirían su compensación pecuniaria basada en las normas salariales letonas.

Como pasó en el caso *Viking*, el sindicato *Byggettan*, como representante de los trabajadores de la construcción local, señaló la implementación de una serie de medidas de acción sindical para lograr la adhesión de *Laval* al instrumento colectivo que establecía, en su momento, las condiciones mínimas de trabajo para los trabajadores suecos empleados en obras de ingeniería civil.

Durante la sentencia del caso *Laval*, que tuvo lugar el 18 de diciembre de 2007, el TJUE acabó desestimando las medidas implementadas por el sindicato sueco al entender que no cumplirían con los requisitos de validez impuestos por el principio de proporcionalidad y, además, precisamente, que no serían adecuados y necesarios para los fines perseguidos concretamente por el colectivo de trabajadores, al exceder los límites del principio de libertad sindical, además de ser contrario al ejercicio de los derechos de libre circulación y de libre establecimiento, en los términos garantizados por los artículos 43 y 49 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

Por último, el caso *Rüffert* (TJCE, C-346/06, *Rüffert* [2008] Rec. p. I-1989) se refiere a una situación en la que una empresa de Polonia, subcontratada por la empresa alemana que ganó la selección pública para la construcción de una prisión en territorio germánico, remuneraba a sus empleados a niveles inferiores a los establecidos por la legislación del Estado de Baja Sajonia, cuyo contenido imponía a los empresarios, independientemente de su origen, el cumplimiento de los parámetros salariales mínimos establecidos en los instrumentos colectivos de trabajo en vigor en el *Land* alemán.

Al considerar el caso, el TJUE entendió que la norma de Baja Sajonia no podría imponer a la empresa subcontratista con sede en Polonia ciertos parámetros locales establecidos en instrumentos colectivos de trabajo sin que hubiera violación a los principios de libre circulación y libertad de establecimiento, previstos en los artículos 43 y 49 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

En los tres casos, si bien el TJUE ha reconocido textualmente la normatividad inherente al principio de libertad sindical en sus aspectos colectivos -en los términos de los artículos 118-C del Tratado de la Unión Europea, 5 y 6 de la Carta Social Europea y 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE - en la práctica, acabó refrendando, en abstracto, el entendimiento de que

los derechos de acción sindical y de fortalecimiento de la negociación colectiva, cuando están *ponderados* en concreto con las garantías a la libre circulación y al libre establecimiento empresarial en el espacio común europeo, deben ceder paso a estos últimos¹.

Dada la orientación que emana de las sentencias dictadas en los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*, así como su amplia repercusión en los años siguientes dentro y fuera de Europa, es necesario volver a analizarlas para determinar (i) en qué medida el TJUE está vinculado al contenido institucional inherente al principio de libertad sindical; (ii) qué parámetros utilizó él para determinar la prevalencia de los principios de libre circulación y libre establecimiento sobre ese postulado y, finalmente, (iii) si los criterios implementados en este sentido por la Corte, sustentados en la ponderación, integran la metodología más adecuada para la comprensión y aplicación práctica de los Derechos Fundamentales reconocidos en los más diversos instrumentos jurídicos vigentes en el seno de la UE.

Al final de estas digresiones, buscaremos formular una propuesta para reevaluar las situaciones tratadas en los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* desde una perspectiva distinta a la utilizada por el TJUE en los precedentes antes mencionados que, en lugar de entender los Derechos Fundamentales como bienes carentes de un contenido jurídico predeterminado y sujetos a ponderaciones según pesos y medidas formulados por los propios intérpretes/aplicadores, busca situarlos como verdaderas instituciones jurídicas que poseen contenidos históricamente adquiridos y que imponen, en casos específicos, una determinada solución que debe obtenerse mediante la comparación entre dicho contenido y los matices de la hipótesis examinada.

2. El ámbito de actuación del TJUE, su vinculación a los Derechos Fundamentales y los criterios de resolución de los casos difíciles

¹ BRONSTEIN. Arturo. *International and comparative labor law. Current challenges*: Palgrave Macmillan, New York, 2009, p. 212.

De conformidad con los artículos 263 y 267 de la versión consolidada del Tratado de la UE, corresponde al TJUE, con sede en Luxemburgo, decidir, en última instancia, sobre la interpretación jurídica que debe darse a los instrumentos que regulan el funcionamiento del bloque, en particular los Tratados Internacionales que contienen el listado de los Derechos Fundamentales que poseen los ciudadanos de los países miembros y las empresas con sede en ellos.

Este conjunto de Derechos Fundamentales previstos en los tratados firmados en el ámbito de la UE consagra en su núcleo una serie de garantías individuales, sociales, políticas y ambientales con diferentes contenidos y orígenes históricos, que a menudo llevan a creer que son disposiciones mutuamente antagónicas. Cuando se enfrenta a aparentes conflictos entre tales directrices, el TJUE –como la mayoría de los tribunales responsables de la aplicación específica de normas estructuradas en forma de principios– se encontrará ante un *caso difícil*, en el sentido formulado por H.L.A Hart y desarrollado por Ronald Dworkin².

Y es precisamente en lo que respecta a la aplicación directa de los Derechos Fundamentales y su aplicación práctica en los *casos difíciles* donde se observan las principales divergencias metodológicas que aún persisten en la actualidad. En este sentido, es posible agrupar las visiones encontradas en dos grandes perspectivas que integran el llamado neoconstitucionalismo, a saber, la *concepción axiológica* y la *concepción deontológica*³.

La concepción axiológica de los Derechos Fundamentales –surgida de la práctica del Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgerichts*) y sistematizada en la conocida obra de Robert Alexy – tiene su punto central situado en la distinción entre reglas y principios. Desde esta perspectiva, mientras los primeros tienen un alto grado de densidad normativa, permitiendo la plena subsunción de los hechos a sus predicciones textuales, los segundos se caracterizarían, precisamente, por ser desplazados de un contenido

² HART. H.L.A. *The concept of law*. Clarendon Press, Oxford, 1961.

DWORKIN. Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press, Cambridge, 1978.

³ SARMENTO. Daniel; SOUZA NETO. Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Edição. Fórum, Belo Horizonte 2016, p. 233-236.

predeterminado que permita su aplicación automática y que dependen, por lo tanto, de la actividad creativa del intérprete para definir la medida exacta de tales valores en casos concretos con el fin de implementarlas de la mejor manera posible. Por esta razón, para Alexy, los principios constituirían derechos *prima facie* o mandatos de optimización⁴.

Al tratarse de mandatos de optimización y no de reglas con un contenido normativo prefijado, los principios, según la concepción axiológica, tendrían como contenido ciertos matices de valor cuya aplicabilidad a casos específicos dependería de la ponderación con otros valores en competencia a ser evaluada a la luz de las hipótesis fácticas analizadas por el intérprete. En este sentido, la medición concreta del peso de los principios en conflicto y, en consecuencia, de su preponderancia en las diferentes hipótesis de incidencia, se implementaría a través de una metodología específicamente diseñada al efecto: la *ponderación de bienes*, formada por sus pruebas de *adecuación*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*⁵.

Mientras tanto, para la concepción deontológica de los Derechos Fundamentales – que tiene a Ronald Dworkin como su máximo exponente – los principios no constituyen depositarios de preceptos meramente valorativos, cuya aplicación o no a un caso concreto determinado dependería del criterio discrecional del intérprete. Por el contrario, son ellos enunciados que integran efectivamente el ordenamiento jurídico y tienen un contenido normativo convincente que, ante un caso difícil, imponen una solución determinada que se obtendrá a través de una comparación entre los matices de la hipótesis bajo examen y el contenido histórico institucional que integra a estos principios y que les dan notas distintivas en relación con otros institutos jurídicos⁶.

Precisamente sobre este punto concreto sostiene Dworkin, contrariamente a autores como Alexy, Luís Prieto Sanchís y Aulis Aarnio, que la aplicación de los principios, antes de proporcionar varias respuestas obtenidas por los intérpretes que podrían considerarse correctas, señalaría, en los

⁴ ALEXY. Robert. Trad: VALDÉS. Ernesto Garzón. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 86-87.

⁵ Idem, p. 111-112.

⁶ DWORKIN. Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press, Cambridge, 1978, p. 39.

llamados casos difíciles, una solución única obtenida precisamente a través de esa operación de analizar el significado histórico-institucional de los enunciados normativos a la luz de los matices de los casos concretos⁷.

Por lo tanto, para la concepción deontológica, en la dicción señalada por Dworkin, la posibilidad de obtención de la única respuesta correcta otorga a las partes en los casos llamados difíciles el derecho a la aplicación de tal solución a sus demandas, prohibiéndose así las acciones del intérprete/aplicador con el fin de buscar alternativas discrecionales para los casos en cuestión⁸.

A la luz de la breve descripción formulada sobre las concepciones axiológica y deontológica de los Derechos Fundamentales, es posible observar que el TJUE, al analizar los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*, se apegó a esa primera perspectiva, no sólo porque se utilizó el principio de proporcionalidad para llegar a los veredictos finales, pero también porque la solución formulada en las tres sentencias correspondió a una construcción espontánea de los jueces, guiados exclusivamente por los pesos que dieron a los principios de libertad sindical, negociación colectiva, acción sindical, libre circulación y libre establecimiento, a través de una valoración puramente subjetiva.

Discutiremos la metodología utilizada por el TJUE con más detalles en la sección siguiente. Por ahora buscaremos enumerar los Derechos Fundamentales establecidos en forma de principios cuyo contenido vinculaba objetivamente la actuación del Tribunal en el ejercicio de su competencia al analizar los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*.

De hecho, el conjunto de Derechos Fundamentales que vinculaban al TJUE –y a la mayoría de las instituciones del bloque – forman parte del llamado *acervo comunitario* que, en la definición del propio sitio *web* de la UE comprende “la colección de derechos y obligaciones que constituye el cuerpo de la

⁷ ALEXY. Robert. Trad: VALDÉS. Ernesto Garzón. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002;

AARNIO. Aulis. *¿Una única respuesta correcta?* In: AARNIO. Aulis; ATIENZA. Manuel; LAPORTA. Francisco. J. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Fundación Colóquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010;

SANCHÍS. Luis Prieto. *Justicia constitucional y Derechos Fundamentales*. Trotta, Madrid, 2003.

⁸ DWORKIN. Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press, Cambridge, 1978, p. 104.

*legislación de la UE y está integrado en los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la UE*⁹.

Además de las garantías de libre circulación de personas y mercancías a través del espacio común europeo y de libre establecimiento de empresas, el acervo comunitario de Derechos Fundamentales de la UE también está integrado por una serie de directrices pertinentes al desarrollo económico, social y ambiental que se concretizan a través de los derechos a la libertad sindical, a la acción sindical y a la negociación colectiva.

Conviene observar que el preámbulo del Tratado de la UE enumera entre los fundamentos y objetivos de la unificación del continente, al mismo nivel, la facilitación de la *“libre circulación de personas (...) mediante la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia”* y la promoción *“[del] progreso económico y social de sus pueblos (...) en el contexto de la realización del mercado interno y el fortalecimiento [de la aplicación] de políticas que garanticen que los avances en la integración y el crecimiento económico vayan acompañados de avances paralelos en otras áreas”*.

Además, el artículo segundo del citado tratado señala expresamente que la misión de la UE pasa por alcanzar, junto con la consecución de *“un alto grado de competitividad y convergencia de los comportamientos económicos”*, la búsqueda de un *“desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas, [con] un alto nivel de empleo y protección social”*

La delimitación de cuyos objetivos sociales y su especificación en diversos tratados de la UE, en forma de los más variados derechos garantizados a los trabajadores, culminó en la formulación de un verdadero *acervo social comunitario* que configura, en la dicción de Brian Bercusson, una subdivisión específica del acervo comunitario de Derechos Fundamentales consagrado en

⁹ Los elementos que conforman el acervo comunitario de la EU son los siguientes:
“- El contenido, los principios y los objetivos políticos de los Tratados de la UE;
- cualquier legislación adoptada para implementar dichos Tratados y la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea;
- declaraciones y resoluciones adoptadas en el marco de la UE;
- medidas en los ámbitos de la política exterior y de seguridad común, así como de justicia y asuntos de interior;
- acuerdos internacionales que la UE celebre y acuerdos celebrados entre los propios Estados miembros en relación con las actividades de la UE.” <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:acquis>. Acceso en 20.mar.2024.

los principales instrumentos del bloque y que representa la síntesis de la tradición europea en materia de Derechos Sociales¹⁰.

En lo que respecta específicamente a la libertad sindical (en sus vertientes individual y colectiva) como garantía encaminada a la consecución de los objetivos antes mencionados, los artículos 117 y 118-C del Tratado de la UE señalan expresamente que la armonización entre los fines económicos y sociales del bloque implica necesariamente el cumplimiento de las garantías previstas en la Carta Social Europea (1961) y la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (1989), en particular la protección social, el diálogo entre actores sociales, los derechos sindicales y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores.

Aún más concretamente, la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores enumera en sus artículos 5 y 6 las dimensiones individuales y colectivas del Derecho Fundamental a la libertad de asociación, incluyendo (i) la garantía relativa a la libre constitución, por parte de los trabajadores, de entidades representativas de sus intereses; (ii) la autonomía de estos últimos frente a los Estados; (iii) la promoción de la negociación colectiva con el fin de asegurar la conformación de las relaciones laborales por los propios actores sociales, en un contexto de correlación de fuerzas y, finalmente, (iv) el derecho a implementar acciones colectivas, como la huelga.

Asimismo, los artículos 12 y 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (2000) reafirman los Derechos Fundamentales a la libertad sindical en su vertiente individual, así como los Derechos Fundamentales a la negociación colectiva y a la acción sindical, con mención expresa a la huelga.

Siguiendo con la descripción del contenido del acervo comunitario europeo, es importante destacar que el propio TJUE, cuando de la evaluación del caso *Nold v. Comisión*, de 1974, estableció que ese conjunto de Derechos Fundamentales está integrado también por “*tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros*”, así como por “*tratados para la protección de*

¹⁰ BERCUSSON. Brian. “The European Court of Justice, Labour Law and ILO Standards” (2008). <https://api.semanticscholar.org/CorpusID:156185757>.

*los derechos humanos en los que los Estados miembros han colaborado o son signatarios*¹¹.

De ello se desprende que los Convenios de la OIT firmados por los Estados miembros, en particular aquellos que, como los Convenios nº 87 y 98, proporcionan garantías ampliamente reconocidas por las tradiciones constitucionales comunes a ellos, forman parte del acervo comunitario de Derechos Fundamentales al que está vinculado al TJUE. Es importante destacar, en ese sentido, que todos los países miembros de la UE han ratificado los tratados antes mencionados y consagran las garantías pertinentes a la libertad de asociación sindical y a la negociación colectiva en sus respectivas constituciones¹².

En este punto, conviene destacar que el Comité de Libertad Sindical de la OIT destaca que el Derecho Fundamental a la libertad sindical legitima los movimientos realizados por las organizaciones de trabajadores con el fin de incentivar a ciertos empleadores a adherirse a los términos de los instrumentos colectivos vigentes en un determinado espacio territorial o someterlos a determinados marcos normativos más favorables a los trabajadores, como ocurrió en el origen de los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* examinados por el TJUE¹³.

También cabe destacar que “*la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva*” forman parte de la Declaración de Principios Fundamentales de la OIT de 1998, así como de la Declaración de la OIT sobre Justicia Social para una Globalización Equitativa de 2009 y la Declaración Global de la OIT sobre el Pacto por el Empleo de 2009, publicado

¹¹ “As the Court has already stated, fundamental rights form an integral part of the general principles of law, the observance of which it ensures. Safeguarding these rights, the Court is bound to draw inspiration from constitutional traditions common to the Member State.

(...)

Similarly, international treaties for the protection of human rights on which the Member States have collaborated or of which they are signatories, can supply guidelines which should be followed within the framework of Community law.” Case 4/73, *Nold v. Commission*, [1974] ECR 491, paragraph 13.

¹² BERCUSSON. Brian. “The European Court of Justice, Labour Law and ILO Standards.” <https://api.semanticscholar.org/CorpusID:156185757> (2008).

¹³ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios Del Comité de Libertad Sindical Del Consejo de Administración de La OIT*. Quinta Edición. OIT, Ginebra, 2006, p. 115.

por la citada oficina con el objetivo de reafirmar sus pilares fundacionales ante el escenario económico y social contemporáneo y “evitar una nivelación a la baja de las condiciones de trabajo”¹⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, no cabe duda de que los Derechos Fundamentales a la libertad sindical, a la acción sindical y a la negociación colectiva forman parte del acervo comunitario de Derechos Fundamentales de la UE, por lo que el contenido subyacente a las citadas garantías vinculaban el TJUE cuando de la evaluación de los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*, en la dirección de (i) reconocer la legitimidad de las acciones colectivas emprendidas por entidades representativas de los trabajadores con vistas al cumplimiento de determinados instrumentos que regulan condiciones de trabajo y (ii) abstenerse de implementar medidas tendientes a debilitar el diálogo entre actores sociales a través de la negociación colectiva.

Y tal integración del Derecho Fundamental a la libertad sindical, en sus aspectos individuales y colectivos aquí destacados en el acervo comunitario de la UE le confiere la misma categoría jerárquica que le otorgan las garantías relativas a la libre circulación y el libre establecimiento en ese conjunto de Derechos Fundamentales, de modo que la resolución de casos concretos sometidos a análisis por el TJUE no podría depender de soluciones concesionales de distinto peso a esos derechos basadas en concepciones valorativas o en la comprensión personal de los intérpretes sobre sus respectivos contenidos¹⁵.

Así, la vinculación del TJUE al Derecho Fundamental a la libertad sindical –reconocido en varios instrumentos que forman parte del acervo comunitario europeo– impuso a ese colegiado, en primer lugar, la valoración sobre la aplicabilidad efectiva (o no) de las garantías de libre circulación y de libre establecimiento a las hipótesis de fondo de los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*, en segundo lugar, la existencia (o no) de una antinomia real entre la libertad sindical

¹⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Para superar a crise: um pacto mundial para o emprego*. OIT, Lima, 2009, p. 2-5.

¹⁵ AMADO. Juan Antonio García. *Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza*. In: RODRÍGUEZ. Manuel Atienza; AMADO. Juan Antonio García. *Un debate sobre la ponderación*. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sucre, 2018, p. 43-90.

y la libre circulación/establecimiento y, finalmente, la indagación sobre las soluciones indicadas en concreto por el contenido histórico-institucional del principio de libertad sindical a la luz de los matices de cada una de esas tres situaciones, en línea con lo que propone la concepción deontológica de los Derechos Fundamentales.

3. Los casos Viking, Laval y Rüffert y la metodología del TJUE. La libertad sindical como *límite* a la libre circulación económica en el espacio europeo

Al considerar los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*, el TJUE hizo prevalecer los derechos de libre circulación y de libre establecimiento sobre la garantía relativa a la libertad sindical, bajo el entendimiento de que la libertad de acción sindical y el derecho a la negociación colectiva no podrían representar un obstáculo concreto a la libre actividad económica y a la libre circulación de trabajadores dentro del espacio común europeo.

Para tanto, el TJUE utilizó una de las estratagemas más características del método de ponderación de bienes y de la concepción axiológica de los Derechos Fundamentales: la idea de que estos últimos configuran valores que se imponen límites entre sí en casos concretos y que encuentra síntesis en la expresión germánica *schrankschranke*, acuñada a partir de la experiencia práctica del Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgerichts*) y traducida literalmente al castellano como *límite de los límites*¹⁶.

Desde la perspectiva desarrollada por el TJUE con motivo de los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*, los Derechos Fundamentales a la acción sindical y a la negociación colectiva - ambos corolarios del principio de libertad sindical- constituirían limitaciones a las garantías de libre establecimiento y libre circulación en el espacio común europeo que sólo prevalecerían y estarían legitimadas en la medida en que fueran *adecuadas* a los fines perseguidos por

¹⁶ HÄBERLE. Peter. Trad: CAMAZANO. Joaquín Brage. *El Tribunal Constitucional como poder político*. In: HESSE. Konrad; HÄBERLE. Peter. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*. Porrúa, México, 2005, p. 91-123.

las entidades de trabajadores en esos tres casos, *necesarias* para alcanzar tales objetivos, sin que existan medidas menos onerosas para obtenerlos y, finalmente, *proporcionales*, de modo que sus beneficios no superarían sus costos para los trabajadores, los sindicatos y la comunidad en su conjunto¹⁷.

Cabe recordar que los temas en discusión en aquellos tres casos involucraron esencialmente (i) el ejercicio de la acción sindical con el objetivo de asegurar la aplicación de los parámetros mínimos para la contratación de mano de obra en determinadas áreas territoriales, mediante el ejercicio de la negociación colectiva, y (ii) evitar la práctica del *dumping social* mediante la distorsión de las libertades de circulación y establecimiento en el espacio común europeo¹⁸.

A pesar de la metodología utilizada por el TJUE al analizar los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*, lo cierto es que la práctica de ponderación de bienes se caracteriza esencialmente por la prevalencia de preferencias personales y visiones del mundo de los intérpretes/aplicantes cuando evalúan el peso de los principios a sopesar en detrimento de cualquier otro dato objetivo disponible, lo que acaba reduciendo los Derechos Fundamentales a una maraña de conceptos indeterminados, cuyo significado concreto dependerá, en última instancia, de la discrecionalidad de los miembros del poder judicial¹⁹.

El aspecto problemático inherente a esta consideración entre el principio de libertad sindical, por un lado, y las garantías antes mencionadas, por el otro, radica en que ambos Derechos Fundamentales en cuestión, dadas las vicisitudes que guiaron la consolidación de las ideas liberales y las luchas de clases, especialmente a lo largo de los siglos XIX y XX, tienen su comprensión subjetiva guiada fuertemente –y de manera ineludible– por aspectos ideológicos.

En el ámbito de la EU el tema de la libertad económica desempeña un papel central en la medida en que el origen mismo del bloque, aún en fase embrionaria, situado en la Comunidad Económica del Carbón y del Acero y en la

¹⁷ PULIDO. Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 134-135.

¹⁸ WOOLFSON. Charles; THÖRNQVIST. Christer; SOMMERS. Jeffrey. "Labour Migration and the Future of Labour Standards after Laval". *Industrial Relations Journal*, 41 (2010).

¹⁹ GRAU. Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. Malheiros, São Paulo, 2013, p. 117-121.

Comunidad constituida por el Tratado de Roma, en 1957, estuvo directamente relacionada con la ideología del ordoliberalismo y con la creencia de que la promoción de un espacio europeo para la libre circulación y el libre establecimiento de empresas contribuiría sustancialmente al crecimiento económico de los Estados miembros a través de la libre competencia²⁰.

La libertad sindical, a su vez, es concebida por los trabajadores como un activo de la clase obrera frente a las ideas liberales e individualistas que sirvieron de base legal para la Revolución Industrial, especialmente en los países que la lideraron. Por otro lado, los empresarios tienden a verla como un vilipendio a las garantías de la autonomía privada y de la libertad económica, ya que la organización de los factores de producción, bajo la influencia de la libertad sindical, ya no depende de sus designios individuales, y está por tanto sujeta al contrapoder ejercido por entidades que representan los intereses de los trabajadores²¹.

Sin embargo, a pesar del origen ordoliberal de las instituciones de la UE, el acervo comunitario del bloque no ignora la relevancia de los derechos sociales –y, entre ellos, la libertad sindical – para el logro de sus objetivos y directrices. Por el contrario, en el ordenamiento jurídico europeo las garantías de carácter social ocupan, junto a la libertad económica y sus corolarios, un lugar destacado en la estructura de principios que subyacen a la institución y actuación de los órganos de la UE, como ya se vio en la sección anterior²².

Por ello, la interpretación de los tratados fundamentales de la UE, especialmente la realizada por el TJUE, debe evitar el uso de metodologías que acaben promoviendo la anulación recíproca del derecho a la libertad económica (con sus corolarios sobre la libre circulación y libre establecimiento de empresas) y los derechos sociales, incluida la libertad sindical (con sus derivaciones relevantes para la acción sindical y la negociación colectiva)²³.

²⁰ DARDOT. Pierre; LAVAL. Christian. Trad: ECHALAR. Mariana. *A nova razão do mundo. Ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Boitempo, São Paulo, 2016, p. 123-125.

²¹ SUPIOT. Alain. *Critique du droit du travail*. PUF, Paris, 1994, p. 151.

²² NUNES. António José Avelãs. *A Constituição Europeia. A constitucionalização do neoliberalismo*. Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 75.

²³ BERCUSSON. Brian. "The European Court of Justice, Labour Law and ILO Standards." <https://api.semanticscholar.org/CorpusID:156185757> (2008).

Así, en este contexto marcado por el choque entre concepciones de clase sobre los derechos a la autonomía privada, la libertad económica y la libertad sindical, la aplicación del método de ponderación de bienes a situaciones concretas que involucran los principios antes mencionados es potencialmente desastrosa, en la medida en que los pesos que se deben dar a cada uno de los bienes en competencia tienden a estar formados, en gran medida, por las concepciones individuales y subjetivas de los intérpretes/aplicadores, en detrimento del estudio del contenido histórico de esos institutos y su reconstrucción a la luz de casos específicos.

Por cierto, Juan Antonio García Amado, al analizar el método de ponderación de bienes, observa que esta práctica presenta muchas veces situaciones en las que diferentes intérpretes, al ponderar valores, terminan presentando las versiones que parecen más convenientes sobre el *peso* de los principios en conflicto, precisamente porque “*ni los principios ni las circunstancias del caso pesan por sí solas*”, ya que “*el peso respectivo lo damos nosotros al sopesarlos*.”²⁴.

Bajo tal concepción, los Derechos Fundamentales a la autonomía privada, a la libertad económica y a la libertad sindical acaban configurándose como obstáculos recíprocos que inevitablemente se anularán en las supuestas prácticas de influencia.

Es precisamente la visión de los Derechos Fundamentales como obstáculos recíprocos, proporcionados y fomentados por el método de ponderación de bienes lo que se pretende superar a partir del análisis que se formulará en la sección siguiente.

4. La libertad sindical *en serio*. Proposición de replanteamiento de los casos *Viking, Laval* y *Rüffert* bajo la perspectiva dworkiniana de los Derechos Fundamentales

²⁴ AMADO. Juan Antonio García. *Sobre ponderaciones. Debatido con Manuel Atienza*. In: RODRÍGUEZ. Manuel Atienza; AMADO. Juan Antonio García. *Un debate sobre la ponderación*. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sucre, 2018, p. 62.

Pese a su amplia difusión, la concepción axiológica, que ve los Derechos Fundamentales como valores morales sujetos al establecimiento de pesos en función de las opiniones personales de los intérpretes en casos concretos, no constituye la única forma existente de entender los catálogos de garantías individuales y colectivos que forman parte del derecho de la UE y de sus tratados más relevantes.

De hecho, el mundo del Derecho viene conviviendo con numerosas posturas críticas respecto de la concepción axiológica y su método de ponderación y, en este sentido, se han formulado varias alternativas²⁵. Mientras ellas, la que parece más apropiada para comprender los Derechos Fundamentales y resolver los llamados casos difíciles es la concepción deontológica, formulada a partir de las objeciones del filósofo jurídico norteamericano Ronald Dworkin al positivismo jurídico y al espacio de discrecionalidad que este ha conferido al intérprete.

Así, para la concepción deontológica de los Derechos Fundamentales, estos últimos no constituyen meros valores morales, sino que integran efectivamente el ordenamiento jurídico y tienen enunciados normativos objetivos que, ante la presencia de un caso difícil, imponen una solución determinada (la única respuesta correcta) que se obtendrá a través de una comparación entre los matices de la hipótesis bajo examen y el contenido histórico-institucional del principio en cuestión.

En cuanto a la idea de la única respuesta correcta, cabe señalar que esta nunca tuvo la intención de proporcionar a los intérpretes una metodología capaz de asegurar, mediante su simple aplicación, la obtención de esa solución en los casos llamados difíciles y mucho menos la intención de generar, en estas hipótesis, el develamiento de una respuesta definitiva, perfecta y absoluta, como si todos los intérpretes tuvieran las mismas dotes que el mítico juez Hércules. Por cierto, el propio Dworkin lo afirmó expresamente al inicio del capítulo de su obra *Taking Rights Serious* dedicado a los casos difíciles²⁶.

²⁵ MÜLLER. Friedrich. Trad : MANCEBO. Luís-Quintín Villacorta. *Postpositivismo*. Ediciones TGD, Santander, 2008; GÜNTHER. Klaus. *The sense of appropriateness*. Trad: FARRELL. John. SUNY Press, Albany, 1993.

²⁶ DWORKIN. Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard University Press, Cambridge, 1977. p. 81.

Por ello, la tesis de la única respuesta correcta, antes de configurar un método capaz de conducir al intérprete a una solución supuestamente perfecta e incuestionable, representa una *postura* que se debe adoptar ante un caso difícil para buscar, precisamente, el descubrimiento del significado de los principios a la luz de los matices de aquellas situaciones concretas, sin excluir la posibilidad de desacuerdos sobre cuál sería, en tales casos, la única respuesta correcta²⁷.

Esta postura requerida del intérprete frente a los casos llamados difíciles comprende, precisamente, lo que Dworkin llama *integridad en el Derecho*. Este concepto abarca, en resumen, la necesidad de que los componentes de un determinado sistema jurídico (por ejemplo, leyes, reglamentos, precedentes judiciales y, en el caso europeo, las normas integrantes del acervo comunitario) mantengan coherencia con el conjunto de principios que caracterizan ese orden.

Para tanto, los principios son concebidos por Dworkin como los capítulos iniciales de una obra literaria y los aplicadores de tales lineamientos serían los redactores de las partes posteriores de la narrativa. A ellos corresponde, en el ejercicio de esta tarea, asegurar la coherencia entre el segundo y el primero y, en consecuencia, la integridad del conjunto.

De esta manera, los intérpretes deben resolver los nuevos casos que se les presenten desarrollando una solución compatible con el conjunto de principios existentes en sus respectivos sistemas, buscando revelar el significado de tal sistema para la situación concreta. Se logra así, al mismo tiempo, la descubierta de un aspecto de la realidad que era desconocido cuando el principio estaba formulado en abstracto y la coherencia del sistema.

Con respecto específicamente a la libertad sindical, esta tiene como característica común en la totalidad de los ordenamientos nacionales e internacionales que la consagran el hecho de ser un logro resultante de las luchas de los trabajadores en torno al ejercicio de la oposición al poder corporativo materializado, en términos generales, (i) en el poder otorgado a los trabajadores para crear entidades representativas de sus intereses, sujetas a restricciones locales; (ii) en garantizar la libre afiliación, participación y

²⁷ NETTO. Menelick de Carvalho; SCOTTI. Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Fórum, Belo Horizonte, 2011. p. 55-61.

desafiliación de dichas entidades; (iii) en la protección contra prácticas patronales que tiendan a frustrar el ejercicio de dichas posiciones jurídicas; (iv) en garantizar la libre administración y organización de dichas entidades; (v) en la prerrogativa de definir la acción sindical y, finalmente, (vi) en la protección contra la interferencia del gobierno y los empleadores en sus asuntos internos.

Así, ante la resolución de un caso difícil que involucra la aplicación del principio de libertad sindical al nivel europeo, el intérprete debe ampliar la investigación del contenido histórico-institucional del citado Derecho Fundamental no sólo hacia las normas que organizan la UE, y debe sumar a su horizonte persecutorio los significados de esa garantía en otros ordenamientos jurídicos internos e internacionales, especialmente en aquellos que comparten entre sí lineamientos fundacionales que forman parte del patrimonio comunitario del bloque²⁸.

La primera cuestión que debe formular el intérprete es si las citadas situaciones valoradas por el TJUE implicaban realmente una colisión efectiva entre las garantías de la libertad sindical y la libertad económica en sus aspectos representados por la libre circulación y por el libre establecimiento de empresas.

Cabe recordar que el caso *Viking* tuvo como pantalla de fondo la utilización, por parte de una empresa finlandesa, de una naviera con bandera y tripulación estonias para la realización de actividades comerciales de transporte de pasajeros y carga entre los dos países, mientras que los casos *Laval* y *Rüffert* se referían, respectivamente, a la movilización de empresas y trabajadores de Letonia y Polonia para la construcción de establecimientos públicos en Suecia y Alemania.

En ninguno de los tres casos se intentó impedir o mitigar la libertad de contratar empresas y trabajadores de países miembros de la UE para realizar actividades en otros estados asociados al bloque. Tanto en el caso *Viking* como en los casos *Laval* y *Rüffert*, las empresas con sede en Finlandia, Suecia y Alemania, respectivamente, pudieron no sólo contratar mano de obra en Estonia, Letonia y Polonia, sino también traerla a sus territorios y emplearla en sus

²⁸ NEVES. Marcelo. *Transconstitucionalismo*. Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 117-121.

actividades. En ningún momento se puso en duda la validez de la aplicación de tales prácticas ante los tribunales nacionales y ante el propio TJUE.

La lectura de lo anterior indica que las cuestiones allí discutidas se referían exclusivamente a si el Derecho Fundamental a la libertad sindical apoyaba -o no- la acción de los sindicatos con miras a vincular empresas contratistas (o subcontratistas) de mano de obra de otros países de la UE a los parámetros mínimos establecidos en instrumentos locales negociados entre los representantes de los trabajadores y de las empresas.

Así, la respuesta a la pregunta formulada anteriormente sólo puede ser negativa, ya que las hipótesis analizadas por el TJUE en los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* no implicaban un conflicto real y efectivo entre Derechos Fundamentales, sino solamente la delimitación del significado y del alcance de la garantía de la libertad sindical y de sus corolarios en materia de acción sindical y negociación colectiva dados los matices de esos casos.

Por lo tanto, la configuración fáctica subyacente a los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* excluiría, por sí solo, el uso mismo de la ponderación de bienes como método destinado a resolver dichas disputas, ya que, como se ve, las cuestiones allí discutidas no se refieren al sopeso de bienes en conflicto, sino sólo a la aplicabilidad o no del Derecho Fundamental a la libertad sindical y de su contenido histórico-institucional.

En este punto concreto cabe mencionar la reciente decisión de la OIT en un caso que involucraba la creación, por parte de la compañía aérea *British Airways*, de una filial con sede fuera de Gran Bretaña que pretendía operar vuelos de bajo coste entre ciudades del continente europeo y que pretendía, para ello, contratar pilotos que no estarían cubiertos por los instrumentos colectivos de trabajo firmados entre esa Compañía y el sindicato que representa a sus comandantes y copilotos en el Reino Unido (la *British Air Lines Pilots Association – BALPA*).

En el caso que nos ocupa, BALPA señaló una huelga en protesta por la decisión empresarial de constituir la mencionada filial y no sujetarla a los instrumentos negociados con ella y, ante ello, *British Airways* amenazó con demandar a la entidad y cobrarle una indemnización por las pérdidas y daños si

el movimiento seguía adelante, considerando que la cuestión ya se habría vuelto pacífica al nivel europeo cuando se juzgaron los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*.

Ante las amenazas provenientes de *British Airways*, BALPA presentó una contestación ante la OIT y esta, al valorarla, manifestó expresamente en su decisión que el análisis relativo a las restricciones permisibles a los Derechos Fundamentales en materia de acción sindical y huelga no implicaría la necesidad de considerar las garantías relativas a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios con el derecho fundamental a la libertad sindical y que la amenaza de una acción de pérdidas y daños, cuyo resultado podría llevar al sindicato a la quiebra, constituiría un obstáculo inaceptable para la ejercicio de las facultades garantizadas en el Convenio núm. 87²⁹.

Una vez superada esta cuestión inicial, queda por ver si el Derecho Fundamental a la libertad sindical legitima las medidas de acción sindical aplicadas específicamente en los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* por las entidades locales representativas de los trabajadores para vincular a las empresas extranjeras que prestan servicios al cumplimiento de aquellos parámetros mínimos acordados mediante negociación colectiva. En otras palabras, se trata de investigar qué tiene que decir en esos casos concretos el principio de libertad sindical y su contenido histórico-institucional, consagrado en los instrumentos más importantes de la UE y de la OIT.

Para ello, el intérprete/aplicador debe recurrir a la práctica de los llamados *discursos de aplicación*, a través de los cuales se reconstruirá el significado y alcance del Derecho Fundamental a la libertad sindical a la luz de los matices fácticos propios de los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*, con el fin de comprobar si el principio en cuestión, con su respectivo contenido histórico-institucional, es adecuado o no para regir aquellas situaciones bajo examen³⁰.

Cabe recordar que los discursos de aplicación se diferencian de los *discursos de justificación* propios de los ámbitos de las decisiones políticas en la

²⁹ NOVITZ. Tania. "Connecting Freedom of Association and the Right to Strike: European Dialogue with the ILO and its Potential Impact." *CDN. Labour & Employment Law Journal*, p. 465-494.

³⁰ NETTO. Menelick de Carvalho. "A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito". *Notícia do Direito Brasileiro*. Brasília, 6, 1998, p. 233-250.

medida en que los primeros apuntan, precisamente, a la resolución concreta de distintos casos a la luz del ordenamiento jurídico vigente, mientras que estos últimos buscan justificar en abstracto, sopesando costos y beneficios y juicios de razonabilidad, adecuación y necesidad, la opción de la entidad política de que una u otra directriz se transmita en una propuesta legislativa o medida de política pública³¹.

En el caso *Viking*, en particular, la acción sindical implementada por el sindicato FSU (*Finnish Seamens Union*) se produjo a través de un acuerdo con la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte – ITF, con sede en Londres, mediante el cual esta última pedía a sus sindicatos afiliados que se abstuvieran de negociar con la empresa finlandesa *Viking* mientras sus barcos seguían utilizando pabellón y tripulación estonios en los servicios de navegación entre Estonia y Finlandia, sin respetar las condiciones de trabajo acordadas entre el FSU y las empresas operadoras de aquellas rutas.

En el caso *Laval*, la acción sindical llevada a cabo por el sindicato sueco *Byggtan* se produjo luego de la negativa de la empresa letona *Laval* -a la que se le encargó la construcción de una escuela en la región de Vauxhall, Suecia - a negociar con esa entidad para adherirse al instrumento colectivo que establecía las condiciones laborales de la mayoría de los trabajadores suecos empleados en la construcción. Ante la negativa de la empresa, *Byggtan*, con el apoyo de los sindicatos que representan a los trabajadores eléctricos suecos, comenzó a realizar protestas que bloquearon el acceso a la obra en un intento de presionar a la empresa *Laval* para que iniciara negociaciones.

El caso *Rüffert*, por último, tiene como pantalla de fondo la aplicación a una empresa polaca subcontratada para la construcción de un establecimiento penitenciario, de una ley promulgada por el estado federado alemán de Baja Sajonia cuyo contenido obliga a los empresarios que desarrollan actividades en ese departamento territorial alemán a pagar a sus trabajadores conforme a los parámetros mínimos establecidos en instrumentos colectivos acordados entre los sindicatos y las empresas con sede en esa unidad federativa.

³¹ HABERMAS. Jürgen. Trad: SIEBENEICHLER. Flávio Beno. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade. Volume I*. 2ª edição. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2003. p. 257.

Para comprobar si las medidas de acción sindical específicamente aplicadas en los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* están o no cubiertas por el contenido institucional del Derecho Fundamental a la libertad sindical, es necesario formular - de manera irrefutable y aunque breve - un recorrido por sus orígenes históricos, para comprender la motivación detrás de las luchas sociales por su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos democráticos y, principalmente, en los principales tratados internacionales de Derechos Humanos.

En este sentido, es posible resumir el surgimiento del Derecho Fundamental a la libertad sindical - tras las fases de represión y tolerancia vividas en gran parte del siglo XIX en los países industrializados de Europa Occidental - como el reconocimiento, por parte de ordenamientos jurídicos, del hecho de que sólo la aparición de garantías encaminadas a promover el reconocimiento jurídico de las asociaciones de trabajadores y a asegurar su acción colectiva como contrapoder eficaz a las intenciones empresariales podría dar a los trabajadores la fuerza suficiente para imponer el respeto efectivo de las obligaciones protectoras leyes en los más diversos lugares de trabajo y obtener, mediante negociación directa con los empleadores, condiciones de trabajo más favorables.

De hecho, dado que la empresa es un colectivo en sí mismo, formado por un órgano de dirección y sus medios de producción, sólo otro organismo transindividual uniría fuerzas para negociar las demandas de los trabajadores. La conciencia de los trabajadores sobre esta situación los llevó a enarbolar la bandera de la plena libertad sindical y a obtener de sus respectivos Estados el reconocimiento formal de sus asociaciones permanentes, así como medidas de negociación colectiva y acción sindical -y entre ellas, la huelga- como instrumentos legítimos³².

Se puede afirmar, a la luz de la evolución histórica del Derecho Fundamental a la libertad sindical, que el contenido institucional de este último está formado (i) en su nivel individual por el derecho otorgado a los trabajadores

³² DE LA CUEVA. Mario. *El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo. II.* 14ª Edición, Porrúa, México, 2006, p. 207-225.

a crear entidades sindicales, así como por las facultades de libre afiliación, participación y desafiliación y de protección contra actos antisindicales y (ii) a nivel colectivo, por los derechos de libre organización y administración que ostentan las entidades representativas, así como las garantías de acción sindical –incluido el derecho a definir las razones relevantes para la implementación de las respectivas medidas y el estallido de huelgas - y la afiliación en otras organizaciones representativas nacionales e internacionales y, también, la protección contra la injerencia del gobierno en sus asuntos internos y contra la injerencia recíproca de las entidades patronales³³.

Al mismo tiempo que el Derecho Fundamental a la libertad sindical surgía en los ordenamientos jurídicos de los países europeos de industrialización avanzada, con el alcance histórico de asegurar la igualdad de fuerzas entre empresarios y trabajadores a los efectos de la negociación de las condiciones de trabajo, su advenimiento y su difusión entre los siglos XIX y XX estuvo acompañada del temor, por parte de sindicatos, empresarios y de los propios gobiernos, de que la promulgación de una legislación interna que consagrara la referida garantía pudiera encarecer los costos laborales en relación con aquellas naciones que carecen de un marco protector³⁴.

En este sentido, a lo largo del siglo XIX y en las primeras décadas del XX se formularon sucesivas propuestas encaminadas a la regulación laboral internacional, llegando a concretarse, sin embargo, en 1919, con la firma del Tratado de Versalles y de su Parte XIII y con la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la consagración textual de la lista de principios fundamentales del Derecho del Trabajo, incluida la garantía en materia de libertad sindical³⁵.

En ese mismo año de 1919, con la creación de la OIT, se publicó la primera Constitución de la organización, cuyo preámbulo consagraba la redacción contenida en el Título XIII del Tratado de Versalles, con el fin de

³³ BAYLOS GRAU. Antonio. *Sindicalismo y Derecho Sindical*. 3ª Edición. Bomarzo, Albacete, 2006, p. 14-17.

³⁴ VON POTOBSKY. Geraldo; DE LA CRUZ. Héctor Bartolomei. *La Organización Internacional del Trabajo*. Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 3-4.

³⁵ SÜSSEKIND. Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3ª Edição. LTr, São Paulo, 2000, p. 85-98.

reafirmar la libertad sindical como uno de los derechos necesarios a asegurar la mejora de las condiciones sociales de los trabajadores y para asegurar una paz duradera entre las naciones.

Posteriormente, con la formulación de la Declaración de Filadelfia en 1944, la libertad sindical se reafirmó como una “*condición indispensable para el progreso constante*”, junto con las afirmaciones de que “*el trabajo no es una mercancía*”, que “*la pobreza, en cualquier lugar, es un peligro para la vida y para la prosperidad de todos*” y que “*la lucha contra el hambre debe continuar con energía incesante dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concentrado*”³⁶.

En ese mismo Título III, la Declaración de Filadelfia reafirmó expresamente que la OIT tiene la obligación solemne, en el contexto de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los seres humanos, de fomentar el reconocimiento del derecho de negociación colectiva, así como la participación de los trabajadores en la elaboración de políticas económicas y en el establecimiento de las condiciones de trabajo.

Después de la Declaración de Filadelfia, más precisamente en 1947 y 1949, los aspectos individuales y colectivos inherentes al derecho a la libertad sindical quedaron plasmados en los textos de los Convenios núm. 87 y 98 que, a su vez, fueron reproducidos con mayor detalle en los diversos instrumentos que llegaron a constituir y ordenar el funcionamiento de la UE, como el Tratado de la UE (artículos 117 y 118-C), la Carta Social Europea de 1961 (artículos 5 y 6) y la Carta Comunitaria de los Trabajadores de los Derechos Sociales, de 1989 (artículos 5 y 6), pasando a formar parte plenamente del acervo comunitario de Derechos Fundamentales del bloque.

E incluso frente a las vicisitudes que han marcado las últimas décadas, caracterizadas por la apertura de los mercados y por la movilidad de capitales a nivel internacional, ante el avance de las ideas neoliberales, el Derecho Fundamental a la libertad sindical se reafirmó como una medida imprescindible en la búsqueda del reequilibrio de fuerzas entre empresarios y trabajadores en

³⁶ SUPIOT. Alain. Trad: TERRÉ. Jordi. *El Espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*. Península, Barcelona, 2011, p. 12-25.

la negociación de las condiciones de compra y venta de mano de obra y en la lucha contra los fenómenos de desconcentración productiva y del *law shopping*, caracterizados por la búsqueda de mano de obra más barata en países que carecen de mecanismos eficaces de protección laboral y de sindicatos mínimamente representativos³⁷.

Fue precisamente en este sentido que la OIT insertó “*la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva*” en el cuerpo de la Declaración de Principios Fundamentales de la OIT, de 1998, así como en la Declaración de la OIT sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa, de 2009 y en el Pacto Mundial para el Empleo de 2009, publicado por la citada organización con el fin de reafirmar sus pilares elementales ante el escenario económico y social contemporáneo.

La inserción de la libertad sindical y de la negociación colectiva entre los Derechos Fundamentales que deben garantizar todos los Estados Miembros de la OIT, de conformidad con los documentos mencionados publicados entre 1998 y 2009, atestigua que la existencia de sindicatos autónomos, fuertes, independientes y capaces de ejercer un contrapoder eficaz a fines empresariales es un elemento esencial para que el trabajo en el mundo globalizado no se transforme definitivamente en una mercancía y, principalmente, para que se preserve la dignidad humana de los trabajadores frente a la movilidad del capital y de los factores de producción.

De la breve explicación sobre el contenido histórico-institucional de la libertad sindical se desprende que las medidas implementadas por sindicatos y trabajadores en los tres casos considerados por el TJUE (*Viking*, *Laval* y *Rüffert*) no resultan contrarias al contenido del citado Derecho Fundamental, configurando, por el contrario, un supuesto legítimo de su ejercicio.

De hecho, la implementación de medidas de acción sindical encaminadas a que los empresarios cumplan con los parámetros mínimos establecidos en la negociación colectiva constituye un corolario del Derecho Fundamental a la

³⁷ LHUILIER. Giles. *Le concept de “law shopping” (droit international privé, droit social et droit de l’environnement)*. In : BLIN-FRANCHOMME. Marie-Pierre ; DESBARATS. Isabelle. *Droit du Travail et Droit de l’Environnement. Regards croisés sur le développement durable*. Lamy, Paris, 2010, p. 119.

libertad sindical que está en el origen mismo de la citada garantía, en su dimensión colectiva, pues es precisamente a través de tales actividades que las entidades de representación obrera ejercerán legítimamente la autoprotección de los intereses de sus categorías profesionales con vistas a la contratación colectiva y al cumplimiento de los instrumentos negociados, en los términos reconocidos por el Comité de Libertad Sindical del Consejo Directivo de la OIT³⁸.

Por ello, los sindicatos que lideraron las medidas de acción sindical libradas en los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* no hicieron allí, en tales situaciones, más que desarrollar un nuevo capítulo en la historia institucional del Derecho Fundamental a la libertad sindical, que, en aquella ocasión, tuvo lugar en el espacio del libre mercado europeo e implicó el uso de mano de obra de países de la propia UE con el fin de bajar los parámetros de compra y venta de mano de obra humana.

Utilizando aún la alegoría dworkiniana de la *novela en cadena*, este nuevo capítulo de la saga institucional de la libertad sindical parece ser plenamente coherente con los episodios históricos anteriores en la medida en que busca salvaguardar los logros obtenidos por las entidades locales mediante el ejercicio de la negociación colectiva, así como extenderlos a los trabajadores de otros países de la UE que vienen a desarrollar sus actividades en esos ámbitos territoriales, previniendo, con eso, las prácticas que caracterizan el *law shopping* y el *dumping social*³⁹.

Por todas estas razones, desde la perspectiva deontológica aquí esbozada, parece que el análisis del Derecho Fundamental a la libertad sindical a la luz de los aspectos fácticos subyacentes en los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* indicaba al TJUE que la única respuesta correcta consistía en la validación de las prácticas de acción sindical emprendidas por las entidades y por los trabajadores en aquellos supuestos, pues las medidas en referencia no sólo eran consistentes con el contenido histórico-institucional de esa garantía, en el

³⁸ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Quinta Edición. OIT, Ginebra, 2006, p. 101-113.

³⁹ BONILLA. Miguel Ángel Purcalla. *El trabajo globalizado: realidades y propuestas*. Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 224-225.

contexto de interacción supranacional en el que fueron adoptados, al mismo tiempo que no impidieron de ningún modo el ejercicio de otros derechos –como la libre circulación y el libre establecimiento en el espacio común europeo– por parte de las empresas y los trabajadores implicados.

5. Conclusión

Después de las digresiones aquí realizadas, es posible concluir que el TJUE, al considerar los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert*, estuvo vinculado, en igual medida, al contenido institucional inherente a los Derechos Fundamentales a la libertad sindical (y a los sectores relacionados en materia de acción sindical y negociación colectiva) a la libre circulación y al libre establecimiento, en la medida en que todas las garantías aquí referenciadas integran, con la misma jerarquía, el acervo comunitario de Derechos Fundamentales de la UE.

Por ello, la metodología utilizada por el TJUE para resolver los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* – al considerar el Derecho Fundamental a la libertad sindical como un supuesto límite a la libre circulación y al libre establecimiento en el espacio común europeo y otorgarlos diferentes pesos a efectos de ponderación– parece inapropiada, ya que termina, en la práctica, por flexibilizar el contenido de las garantías que integran, con idéntica fuerza normativa, el acervo comunitario de Derechos Fundamentales de la UE.

De este modo, la resolución de los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* por el TJUE debería haber estado guiada, en su momento, por una concepción distinta, que concibe los Derechos Fundamentales como elementos que sostienen enunciados normativos contundentes que, dados los matices de los casos concretos, imponen una determinada solución que se obtendrá a través de una comparación entre los datos de la realidad examinada y el contenido histórico-institucional de los principios en cuestión.

Desde esta perspectiva, los matices que subyacen en los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* indican, en primer lugar, que los casos en cuestión no implican la aplicación de los Derechos Fundamentales a la libre circulación y al libre establecimiento en el espacio común europeo, pues en todas aquellas

situaciones, las empresas involucradas pudieron reclutar mano de obra de otros países miembros de la UE y traerla a sus territorios, con la oportunidad de emplearla en sus actividades. Se trata, por tanto, de hipótesis que cuestionan únicamente la aplicación –o no– del Derecho Fundamental a la libertad sindical y sus corolarios representados por la acción sindical y por la negociación colectiva.

El análisis de los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* desde la perspectiva deontológica de los Derechos Fundamentales indica, en segundo lugar, que las prácticas de acción sindical emprendidas por las entidades y los trabajadores en esos casos específicos parecían plenamente coherentes con el contenido histórico-institucional de la garantía a la libertad sindical en el contexto de la interacción europea, en la medida en que (i) buscaron proteger los logros obtenidos por las entidades locales mediante el ejercicio de la negociación colectiva, así como extenderlos a trabajadores traídos de otros países de la UE y que tuvieron como objetivo, además, (ii) evitar que las empresas recurran a prácticas diseñadas para eludir acuerdos locales mediante la contratación de mano de obra sujeta a regulaciones más permisivas que son características del *law shopping* y del *dumping social*.

La evaluación de los casos *Viking*, *Laval* y *Rüffert* a la luz de la perspectiva ahora señalada al TJUE lograría, por tanto, proteger la fuerza normativa del Derecho Fundamental a la libertad sindical y sus aspectos conexos relativos a la acción sindical y la negociación colectiva en esas hipótesis específicas, sin perjuicio de la validez abstracta del contenido histórico-institucional que subyace a las garantías de libre circulación y libre establecimiento de empresarios y trabajadores en el espacio común europeo.

Sin embargo, al priorizar la resolución de los casos mencionados mediante el uso de la metodología de *ponderación de bienes*, con los amplios espacios que esta otorga a la discrecionalidad del intérprete para definir los *valores a sopesar*, la Corte terminó por relativizar, en sentido abstracto, el Derecho Fundamental a la libertad sindical, transformándolo en una garantía subordinada a la libre circulación y al libre establecimiento, como si el acervo

comunitario de Derechos Fundamentales de la UE admitiera la graduación entre los institutos jurídicos que la integran.

Bibliografía

- AARNIO, A. (2010). *¿Una única respuesta correcta?*, en AARNIO, A.; ATIENZA, M.; LAPORTA, F. J., *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Fundación Colóquio Jurídico Europeo, Madrid.
- ALEXY, R. (2002). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- BRONSTEIN, A. (2009). *International and comparative labor law. Current challenges*, Palgrave Macmillan, New York.
- DARDOT, P. y LAVAL. C. (2016). *A nova razão do mundo. Ensaio sobre a sociedade neoliberal*, Boitempo, São Paulo.
- DE LA CUEVA, M. (2006). *El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo. II*, 14ª Edición, Porrúa, México.
- DWORKIN, R. (1978). *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2018). "Sobre ponderaciones. Debatiendo con Manuel Atienza", en ATIENZA, M.; GARCÍA AMADO. J. A., *Un debate sobre la ponderación*, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sucre.
- BAYLOS GRAU, A. (2006). *Sindicalismo y Derecho Sindical*. 3ª Edición. Bomarzo, Albacete;
- GRAU, E. (2013). *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, Malheiros, São Paulo.
- GÜNTHER, K. (1993). *The sense of appropriateness*, SUNY Press, Albany.
- HÄBERLE, P. (2005). "El Tribunal Constitucional como poder político", en HESSE, K. y HÄBERLE, P., *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Porrúa, México.
- HABERMAS, J. (2003). *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*, Volume I, 2ª edición, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro.
- HART, H. L. A. (1961). *The concept of law*, Claredon Press, Oxford.
- KOLDINSKÁ, K. (2019). "The International Labour Organization and the EU – Old Friends with New Goals", *Hungarian Journal of Legal Studies* 60, No 2.

- LHUILIER, G. (2010). “Le concept de “law shopping” (droit international privé, droit social et droit de l’environnement)”, en BLIN-FRANCHOMME. M. P. y DESBARATS, I., *Droit du Travail et Droit de l’Environnement. Regards croisés sur le développement durable*, Lamy, Paris.
- NETTO, M. y SCOTTI, G. (2011). *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*, Fórum, Belo Horizonte.
- NEVES, M. (2009). *Transconstitucionalismo*, Martins Fontes, São Paulo.
- NOVITZ, T. (2017). “Connecting Freedom of Association and the Right to Strike: European Dialogue with the ILO and its Potential Impact”, *CDN. Labour & Employment Law Journal*.
- NUNES, A. (2007). *A Constituição Europeia. A constitucionalização do neoliberalismo*, Coimbra Editora, Coimbra;
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2006). *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Quinta Edición, OIT, Ginebra.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2009). *Para superar a crise: um pacto mundial para o emprego*, OIT, Lima.
- PULIDO, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- PURCALLA BONILLA, M. Á. (2009). *El trabajo globalizado: realidades y propuestas*, Aranzadi, Pamplona.
- SANCHÍS, L. P. (2003). *Justicia constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid.
- SARMENTO, D. y SOUZA NETO, C. (2016). *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*, 2ª edición, Fórum, Belo Horizonte.
- SUPIOT, A. (1994). *Critique du droit du travail*, PUF, Paris.
- SÜSSEKIND, A. (2000). *Direito Internacional do Trabalho*, 3ª Edição, LTr, São Paulo.
- VON POTOBOSKY, G. y DE LA CRUZ, H. (1990). *La Organización Internacional del Trabajo*, Astrea, Buenos Aires.

WOOLFSON, C.; THÖRNQVIST, C. y SOMMERS, J. (2010). “Labour Migration and the Future of Labour Standards after Laval”, *Industrial Relations Journal*, 41.

Recursos electrónicos

BERCUSSON, B. (2008). “The European Court of Justice, Labour Law and ILO Standards”. Disponible en <https://api.semanticscholar.org/CorpusID:156185757>.

**DE SAN JOSÉ PARA BRASÍLIA: OS PARÂMETROS
INTERAMERICANOS DE DIREITOS HUMANOS E A
NEGOCIAÇÃO COLETIVA**

**FROM SAN JOSÉ TO BRASÍLIA: INTER-AMERICAN HUMAN
RIGHTS PARAMETERS AND COLLECTIVE BARGAINING**

Renan BERNARDI KALIL

Pesquisador de pós-doutorado na Universidade de São Paulo (Brasil). Professor de Direito no Instituto de Ensino e Pesquisa (Brasil). Procurador do Trabalho. Foi pessoal associado da Relatoria de Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (Redesca) da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

renankalil@usp.br

Fecha de envío: 19/12/2024

Fecha de aceptación: 10/02/2025

DE SAN JOSÉ PARA BRASÍLIA: OS PARÂMETROS INTERAMERICANOS DE DIREITOS HUMANOS E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Renan BERNARDI KALIL

*Ministério Público do Trabalho, Instituto de Ensino e Pesquisa e Universidade de São Paulo
(Brasil)*

Resumen: Este artigo analisa o desenvolvimento dos parâmetros interamericanos em matéria de negociação coletiva e sua relevância para o Brasil após a reforma trabalhista de 2017. O estudo busca sistematizar os posicionamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema, extraídos de casos contenciosos e pareceres consultivos. O objetivo é contribuir para a realização do controle de convencionalidade por atores do sistema trabalhista brasileiro, como auditores-fiscais, procuradores e juízes do trabalho, visando compatibilizar o direito interno com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A análise da jurisprudência da Corte demonstra uma evolução na proteção dos direitos trabalhistas, especialmente a partir do caso Lagos del Campo v. Peru. Esse avanço contrasta com a reforma trabalhista brasileira, que rebaixou o regramento da negociação coletiva no país. Nesse contexto, o artigo examina as alterações promovidas pela reforma e a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, buscando identificar possíveis conflitos com os parâmetros interamericanos. Por fim, o artigo discute como as instituições do sistema trabalhista podem utilizar os parâmetros interamericanos para promover a negociação coletiva no Brasil, com ênfase no controle de convencionalidade.

Palabras clave: Negociação coletiva - Controle de convencionalidade - Reforma trabalhista - Sistema interamericano - Direitos humanos

Sumario: 1. Introdução. 2. O sistema interamericano de direitos humanos. 3. A evolução da jurisprudência da Corte em matéria trabalhista. 4. Os parâmetros interamericanos sobre negociação coletiva. 5. Reforma trabalhista e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre negociação coletiva. 6. Controle de convencionalidade no Brasil e a negociação coletiva. 7. Conclusões.

Abstract: This article analyzes the development of Inter-American standards on collective bargaining and their relevance for Brazil following the 2017 labor law reform. This study aims to systematize the positions of the Inter-American Court of Human Rights on the subject, drawn from contentious cases (judgments) and advisory opinions. The objective is to contribute to the implementation of conventionality control by actors in the Brazilian labor system, such as labor auditors, prosecutors, and judges, to bring domestic law into line with the American Convention on Human Rights. Analysis of the Court's jurisprudence demonstrates an evolution in the protection of labor rights, particularly since the case of *Lagos del Campo v. Peru*. This evolution contrasts with the Brazilian labor law reform, which downgraded the regulation of collective bargaining in the country. In this context, the article examines the changes brought about by the reform and the position of the Supreme Federal Court on the issue, seeking to identify possible conflicts with Inter-American standards. Finally, the article discusses how labor system institutions can use Inter-American standards to promote collective bargaining in Brazil, with an emphasis on conventionality control.

Keywords: Collective bargaining - Conventionality control - Labor law reform - Inter-American system - Human rights

Summary: 1. Introduction. 2. The inter-American system of human rights. 3. The evolution of Court's case law on labor rights. 4. The inter-American standards on collective bargaining. 5. Labor law reform and the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court on collective bargaining. 6. Conventionality control in Brazil and collective bargaining. 7. Conclusions.

1. Introdução

O ano de 2017 foi emblemático para o Direito do Trabalho no Brasil. Em julho, o Congresso Nacional aprovou a reforma trabalhista, que alterou profundamente a regulação laboral no país. As modificações legais, que alteraram mais de cem artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), foram realizadas para atender majoritariamente demandas empresariais.¹

Nesse mesmo ano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos promoveu um giro jurisprudencial e proferiu uma sentença paradigmática no caso *Lagos del Campo v. Peru*, abrindo um espaço inédito para aprofundar o exame de violações aos direitos trabalhistas pelos órgãos do sistema interamericano. Esse é o principal motivo pelo qual, nos últimos sete anos, a Corte emitiu diversos entendimentos que fortaleceram o desenvolvimento dos parâmetros interamericanos nesse tema: sentenças em casos contenciosos até então inexplorados (como o direito à negociação coletiva, no caso dos membros do Sindicato Único de Trabalhadores de ECASA vs. Peru) e pareceres consultivos arrojados (como o sobre liberdade sindical, negociação coletiva e greve com perspectiva de gênero), dentre outros.

Mesmo diante dos avanços substantivos em matéria laboral e sindical promovidos pela Corte, a adoção no Brasil ainda é tímida. O objetivo deste artigo é tratar do desenvolvimento dos parâmetros interamericanos em matéria de negociação coletiva. A opção pela delimitação nesse tema decorre de a reforma trabalhista ter alterado substantivamente o seu regramento legal no país.

Trata-se um estudo prescritivo, em que se pretende sistematizar esses parâmetros. O intuito é contribuir para a realização do controle de convencionalidade por atores das instituições do sistema trabalhista, especialmente auditores-fiscais, procuradores e juízes do trabalho, para compatibilizar o direito interno com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e auxiliar na efetividade e eficácia do Direito do Trabalho.

¹ KALIL, Renan Bernardi, PUCHETA, Mauro Leonardo e BODDIE, Matthew, "Right-Wing Populism and the Deconstruction of Labour Laws in the Americas: Old Wine into New Wineskins", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 39, Nº 1, pp. 19-48.

A sistematização dos parâmetros teve como base o “Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 22”, que trata dos posicionamentos mais relevantes e atuais sobre direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais do Tribunal.²

Adotamos o método analítico-descritivo, em que consolidamos os posicionamentos da Corte sobre negociação coletiva. Para tanto, realizou-se pesquisa no “buscador de jurisprudencia” da Corte Interamericana em seu sítio eletrônico no mês de setembro de 2024, procurando o seguinte termo: “negociación colectiva” nas partes de “casos contenciosos”, “medidas provisionales”, “supervisión de cumplimiento” e “opiniones consultivas”. Houve uma complementação de busca em novembro de 2024.

O artigo está estruturado em cinco partes. Inicialmente, discutimos os direitos trabalhistas no sistema interamericano de direitos humanos, abordando o seu alcance. Em seguida, analisamos a evolução da jurisprudência da Corte Interamericana, desde a sua criação até o presente, em relação aos direitos trabalhistas. Adiante, apresentamos o conteúdo dos parâmetros interamericanos sobre negociação coletiva desenvolvidos pela Corte. Depois, tratamos das alterações promovidas pela reforma trabalhista de 2017 na negociação coletiva e a posição do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito do tema. Por fim, examinamos a forma pela qual as instituições do sistema trabalhista podem utilizar esses parâmetros para promover a negociação coletiva no Brasil, com enfoque no controle de convencionalidade.

2. O sistema interamericano de direitos humanos

O sistema interamericano de direitos humanos (SIDH) é regido pelos instrumentos regionais que estabelecem as funções de seus órgãos – a Comissão e a Corte – e as obrigações dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). Desde a sua criação, diversos instrumentos foram adotados para proteger e promover os direitos humanos na região, sendo

² Corte IDH. Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 22. 2022. Disponível em: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/adjunto/38939>.

que três são centrais para os direitos trabalhistas: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ou Pacto de San José da Costa Rica) e o seu Protocolo Adicional em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ou Protocolo de San Salvador).

O sistema é formalmente inaugurado com a aprovação da Declaração Americana, na 9ª Conferência Internacional Americana, que ocorreu em Bogotá, em 1948. Esse documento adotou uma perspectiva abrangente dos direitos humanos, ao apontar a interdependência e indivisibilidade dos direitos civis e políticos e econômicos, sociais e culturais. A Declaração Americana prevê alguns direitos trabalhistas: o direito ao trabalho e o direito a um salário justo (artigo XIV), o direito ao descanso (artigo XV) e a liberdade de associação (artigo XXII). Como não é um tratado e um instrumento sujeito a ratificação pelos Estados membros da OEA, havia algumas dúvidas quanto à sua natureza jurídica e aos seus efeitos no sistema interamericano. No Parecer Consultivo nº 10, a Corte esclareceu alguns pontos. Primeiramente, apontou que a Declaração Americana contém e define os direitos humanos referidos na Carta da OEA, de forma que a interpretação e aplicação da Carta necessariamente exige a integração nas normas previstas na Declaração.³ Em segundo lugar, esclareceu que para os Estados que não ratificaram a Convenção Americana, a Declaração constitui uma fonte de obrigações internacionais.⁴ A seguir, a Corte afirmou que os Estados partes da Convenção Americana também devem observar as obrigações previstas na Declaração, em razão de serem membros da OEA.⁵ Finalmente, colocou que, apesar da Declaração não ser um tratado, possui efeitos jurídicos e permite a sua interpretação pela Corte.⁶

Na mesma Conferência, em 1948, foi adotada a Carta da OEA, que é o instrumento que funda a Organização. A reforma de 1967, por meio do Protocolo de Buenos Aires, inseriu direitos trabalhistas na Carta. No artigo 34, colocou-se como mecanismo de alcançar os objetivos básicos do desenvolvimento integral

³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, parágrafo 44.

⁴ *Ibid.*, parágrafo 45.

⁵ *Ibid.*, parágrafo 46.

⁶ *Ibid.*, parágrafo 47.

assegurar salários justos, oportunidades de emprego e condições de trabalho aceitáveis para todos (g). O artigo 45 estabelece o trabalho como um direito e um dever social e a proteção de salários justos (b), consagra o direito à negociação coletiva e o direito de greve (c) e reconhece a importância das entidades sindicais (g).

Pouco mais de vinte anos depois, em 1969, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, foi adotada a Convenção Americana, o instrumento mais importante do sistema. É um documento que assegura quase que exclusivamente direitos civis e políticos (artigos 3 a 25 e capítulo II). Parte deles possuem uma interseção com os direitos trabalhistas: a proibição de discriminação e a igualdade perante a lei (artigos 1 e 24), a proibição da escravidão e da servidão (artigo 6), direitos da criança (artigo 19) e a liberdade de associação (artigo 16). Além disso, o capítulo III da Convenção Americana trouxe o artigo 26, prevendo que os Estados devem adotar medidas para alcançar "a plena realização dos direitos implícitos nas normas econômicas, sociais, educacionais, científicas e culturais estabelecidas na Carta da Organização dos Estados Americanos".

Para suprir a ausência de menção direta aos direitos econômicos, sociais e culturais na Convenção Americana, adotou-se o Protocolo de San Salvador em 1988. No preâmbulo, é enfatizada a importância da interdependência dos direitos civis e políticos, e dos direitos econômicos, sociais e culturais. O artigo 6 reconhece o direito ao trabalho. O artigo 7 consagra o direito a condições de trabalho equitativas, justas e satisfatórias, o direito a um salário mínimo, o direito à estabilidade no emprego, o direito à segurança e higiene, o direito à limitação razoável do horário de trabalho, tanto diário quanto semanal, e o direito ao descanso, lazer e férias remuneradas, bem como à remuneração por feriados nacionais. O artigo 8 trata do direito de os trabalhadores organizarem sindicatos e de aderirem ao sindicato de sua escolha, além de também proteger o direito de greve.

3. A evolução da jurisprudência da Corte Interamericana em matéria trabalhista

A justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, incluindo o direito do trabalho, ficou restrita por um longo período, devido às disposições do Protocolo de San Salvador que limitavam quais direitos poderiam ser questionados perante a Corte.⁷

Apesar da ampla lista de direitos trabalhistas previstos nos artigos 6, 7 e 8, o artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador criou um grande obstáculo processual ao prever que somente as violações por um Estado Parte contra a liberdade sindical (artigo 8.1, a) e o direito à educação (artigo 13) permitem a apresentação de casos no Tribunal.

Diante desta arquitetura institucional e jurídica, a Corte assumiu um papel crucial para garantir a proteção dos direitos trabalhistas, especialmente pelo fato de ser a última intérprete da Convenção Americana no sistema interamericano de direitos humanos. O desenvolvimento dos parâmetros de obrigações estatais em matéria trabalhista ocorreu em três etapas no Tribunal.⁸

A primeira etapa teve início com a instalação da Corte, que ocorreu em 1979, até 2001, em que a proteção dos direitos trabalhistas ocorreu de forma reflexa por meio do direito à vida (artigo 4) e do direito à liberdade pessoal (artigo 7). Houve um único caso relacionado ao direito do trabalho, que examinou o desaparecimento forçado de uma liderança sindical na região.⁹ Trata-se do caso *Caballero Delgado e Santana v. Colômbia*, cuja sentença foi proferida em 1995. O sr. Caballero Delgado era um líder sindical de professores e desapareceu em razão de seu envolvimento ativo na defesa dos interesses dos trabalhadores. Ao invés de levar em consideração o artigo 16 da Convenção Americana, a Corte concluiu que a Colômbia violou apenas os artigos 4 e 7 do Pacto de San José da Costa Rica.¹⁰

⁷ KALIL, Renan Bernardi e PUCHETA, Mauro Leonardo, “A Corte Interamericana de Direitos Humanos: um catalisador para as normas internacionais do trabalho”, *Direito Internacional do Trabalho e Convenções da OIT*, Rúbia Zanotelli de ALVARENGA (org.), Venturoli, Brasília, 2024.

⁸ MONTEJO, Miguel F. Canessa, “Jurisprudencia laboral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. YouTube, 6 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=FVcrkHTEtZl>.

⁹ MOSCOSO-BECERRA, Gerson, “La Justiciabilidad Directa de los Derechos Laborales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Dikaion*, N° 28, 2019, pp. 385–390.

¹⁰ Corte IDH. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia.

Nesse período, várias ditaduras militares em toda a América Latina promoveram graves violações de direitos humanos, incluindo desaparecimentos forçados, execuções extrajudiciais e tortura. Esses abusos, frequentemente resultantes de políticas deliberadas dos regimes para eliminar os seus opositores, foram levados para a Corte, sendo que o foco inicial das decisões do Tribunal em seus primeiros anos se relacionava com esses temas.¹¹ Não é coincidência que o único caso trabalhista, como mencionamos, versa sobre o desaparecimento forçado de um dirigente sindical.

A segunda etapa compreende o período de 2001 a 2017, em que a Corte passa a proteger os direitos trabalhistas direta e indiretamente e desenvolve parâmetros sobre o tema mais ativamente. O caso *Baena Ricardo e outros v. Panamá*¹² marcou o início desta abordagem, na qual o Tribunal considerou que a dispensa de 270 trabalhadores do setor público por terem realizado uma manifestação por melhores condições de trabalho configurou uma violação direta ao artigo 16 da Convenção Americana.

Em 2005, no caso *Huilca Tecse v. Peru*, a Corte Interamericana reconheceu que a execução extrajudicial de um líder sindical representou uma violação direta ao artigo 16 da Convenção Americana, marcando uma mudança em relação à jurisprudência do caso *Caballero Delgado*. Para fundamentar sua decisão, a Corte recorreu aos artigos 8.1, a e 11 do Protocolo de San Salvador, à Convenção nº 87 da OIT e a decisões do Comitê de Liberdade Sindical da OIT, reafirmando que os Estados Partes têm o dever de garantir que os trabalhadores possam exercer sua liberdade de associação sem temor de violência.¹³

¹¹ ABRAMOVICH, Víctor, “From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System”, *Sur—International Journal on Human Rights*, Nº 6, São Paulo, 2009, p. 7; MEDINA-QUIROGA, Cecilia, *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1988, p. 21

¹² Corte IDH. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Caso *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Para uma análise aprofundada da liberdade sindical no sistema interamericano, ver: MORENO, Rafael Jerez, “An Approach to the Basis of the Right to Freedom of Association According to the Inter-American Court of Human Rights”, *European Journal of Comparative Law and Governance*. 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1163/22134514-bja10081>.

¹³ Corte IDH. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Caso *Huilca Tecse Vs. Perú*, parágrafos. 74-78. No mesmo sentido, ver o caso *Cantoral Huamani y García Santa Cruz v. Peru*. (Corte IDH. Sentencia de 10 de julio de 2007. Caso *Cantoral Huamani y García Santa Cruz Vs. Perú*, parágrafos 144-149).

O Parecer Consultivo nº 22 reforçou a proteção da liberdade sindical como um direito humano. Fundamentada na Convenção nº 87 da OIT e no Artigo 8.1, a do Protocolo de San Salvador, reafirmou que os Estados Partes têm o dever de se abster de adotar medidas legais ou políticas que restrinjam os direitos sindicais. Além disso, destacou a obrigação positiva de criar um ambiente legal e político que permita aos sindicatos exercer plenamente e de forma livre sua liberdade de associação.¹⁴

Nessa mesma perspectiva, a Corte protegeu os direitos trabalhistas diretamente ao reconhecer as violações do artigo 6 (proibição da escravidão e servidão), em casos como *Massacres de Ituango v. Colômbia*¹⁵, em que dezessete pessoas foram obrigadas por um grupo paramilitar a cuidar de aproximadamente 800 cabeças de gado para facilitar a sua subtração, e *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde v. Brasil*¹⁶, em que 85 trabalhadores foram escravizados no estado do Pará. Ainda, nesse último caso houve o reconhecimento da violação do artigo 19 (direitos da criança), pelo fato de um dos trabalhadores escravizados ter menos de 18 anos no momento dos fatos.

Além da proteção direta, a Corte foi além da sua jurisprudência tradicional e decidiu proteger os direitos trabalhistas indiretamente, por meio dos direitos civis e políticos. Isto ocorreu a partir de duas abordagens principais. A primeira os utilizou para proteger direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, enquanto a segunda garantiu a proteção dos direitos dos trabalhadores sob a ótica dos direitos processuais, como o direito a um julgamento justo (artigo 8) e o direito à proteção judicial (artigo 25).¹⁷

¹⁴ Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, parágrafos 101–102.

¹⁵ Corte IDH. Sentencia de 1 de julio de 2006. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia.

¹⁶ Corte IDH Sentencia de 20 de octubre de 2016. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil.

¹⁷ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, “Impact of the Inter-American Jurisprudence on Economic, Social, Cultural, and Environmental Rights”, *The Impact of the Inter-American Human Rights System: Transformations on the Ground*, Armin VON BOGDANDY, Flávia PIOVESAN, Eduardo Ferrer MAC-GREGOR e Mariela Morales ANTONIAZZI (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2024, pp. 217–236; ANTOINE, Rose-Marie Belle, “Constitutionalising Labour in the Inter-American System on Human Rights” *Research Handbook on Transnational Labour Law*, Adelle BLACKETT e Anne TREBILCOCK (eds.), Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 287–288; MONTEJO, Miguel F. Canessa, “Labor Human Rights and the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights”, *Research Handbook on Labour, Business and Human Rights*

Na primeira abordagem, a Corte reconheceu a possibilidade de tutelar os salários e as pensões dos trabalhadores por meio do direito à propriedade privada (artigo 21). No caso dos Cinco Pensionistas v. Peru, o estado peruano reduziu drasticamente as pensões de cinco aposentados, violando decisões judiciais internas que ordenavam sua compensação.¹⁸ A Corte concluiu que essa redução afetava o patrimônio dos pensionistas, violando o artigo 21. De forma similar, no caso *Abrill Alosilla v. Peru*, leis peruanas aplicadas retroativamente reduziram salários de 233 trabalhadores, prejudicando seus direitos adquiridos. A Corte entendeu que essas reduções violaram os artigos 21, 25.1 e 1.1 da Convenção Americana.¹⁹

Na segunda abordagem, baseada nos direitos processuais, a Corte se concentrou no direito a um julgamento justo (artigo 8) e à proteção judicial (artigo 25) para proteger os trabalhadores contra dispensas arbitrárias nos setores público e privado. No caso *Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado-Alfaro e outros) v. Peru*, o Estado foi responsabilizado por não oferecer mecanismos eficazes para revisão de queixas trabalhistas, violando os artigos 8.1 e 25.²⁰ No caso *Acevedo Jaramillo v. Peru*, trabalhadores dispensados após uma greve processaram o Estado, que não cumpriu decisões judiciais internas que ordenavam a reintegração e o pagamento de direitos. A Corte concluiu que a omissão do Peru infringiu o artigo 25 da Convenção, reforçando que os Estados são internacionalmente responsáveis pela ausência de mecanismos eficazes para proteger os trabalhadores contra violações de seus direitos processuais e patrimoniais.²¹

A terceira etapa começou em 2017 e está em andamento. Nesse período, a Corte avançou para proteger os direitos trabalhistas de forma holística. No caso *Lagos del Campo v. Peru*²², que trata da dispensa de um representante dos trabalhadores em razão de uma declaração pública questionando uma possível

Law, Janice BELLACE e Beryl TER HAAR (eds.), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 350-355.

¹⁸ Corte IDH. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú.

¹⁹ Corte IDH. Sentencia de 4 de marzo de 2011. Caso *Abrill Alosilla y otros Vs. Perú*.

²⁰ Corte IDH. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*.

²¹ Corte IDH. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Caso *Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*.

²² Corte IDH. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Caso *Lagos del Campo Vs. Perú*.

interferência da empresa em um processo eleitoral interno, o Tribunal promoveu uma interpretação da Convenção Americana, com fulcro em seu artigo 26, que desenvolveu a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Nesse caso, a Corte apontou que o direito ao trabalho deriva da interpretação do artigo 26 do Pacto de San José da Costa Rica em relação à Carta da OEA e à Declaração Americana, sendo que os Estados signatários se comprometem a respeitá-lo e a garantir o seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição. Ainda, os Estados devem adotar, conforme suas normas constitucionais e disposições da Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para efetivar esse direito.²³

No entanto, críticas apontaram a fundamentação insuficiente da Corte para justificar essa guinada jurisprudencial. Em resposta, no caso *Cuscul Pivaral v. Guatemala*²⁴, a Corte apresentou argumentos robustos baseados em interpretações literal, sistemática e teleológica do artigo 26, bem como na análise dos trabalhos preparatórios da Convenção Americana.²⁵

A interpretação literal, fundamentada na Convenção de Viena, destacou que o texto do artigo 26 impõe aos Estados a obrigação de efetivar os direitos derivados da Carta da OEA. A Corte enfatizou que a menção à realização

²³ *Ibid.* Para uma análise mais aprofundada, ver: VERA, Óscar Parra, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo”, *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Eduardo Ferrer MAC-GREGOR, Mariela Morales ANTONIAZZI e Rogelio Flores PANTOJA (coords.), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2020, pp. 181-234.

²⁴ Corte IDH. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Caso *Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Para o aprofundamento sobre a relevância do caso, ver: RIVAS, Juan Ibáñez, “La Justiciabilidad Directa de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales: Génesis de la Innovadora Jurisprudencia Interamericana”, *Interamericanización de los DESCAs: El Caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, Mariela Morales ANTONIAZZI, Liliانا RONCONI e Laura CLÉRICO (coords.), Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2020, pp. 21–40.

²⁵ Alguns desses argumentos foram desenvolvidos antes do julgamento do caso Lagos del Campo por no âmbito acadêmico: ROSSI, Julieta e ABRAMOVICH, Victor, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Claudia MARTÍN, Diego RODRÍGUEZ-PINZÓN e José Antonio GUEVARA (coords.), Fontamara-American University-Universidad Iberoamericana, México, 2004; COURTIS, Christian, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Eduardo Ferrer MAC-GREGOR y Arturo Zaldívar Lelo de LARREA (eds.), UNAM-Marcial Pons IMDPC, México, 2008.

progressiva desses direitos refere-se à natureza da obrigação, e não à sua existência.

Já a interpretação sistemática vinculou o artigo 26 a outros dispositivos da Convenção Americana, como os artigos 1.1 e 2, que estabelecem o dever dos Estados de garantir a plena eficácia dos direitos protegidos, bem como as previsões na Carta da OEA e na Declaração Americana. Ainda, apontou que a Parte I da Convenção Americana, que trata dos deveres dos Estados e dos direitos protegidos, engloba o Capítulo III, que versa sobre os direitos econômicos, sociais e culturais e é composto pelo artigo 26. A Corte reafirmou a indivisibilidade e interdependência dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais, argumentando que não há justificativa para tratá-los de forma hierárquica ou excludente.

Outras críticas enfrentadas pela Corte foram baseadas no Protocolo de San Salvador, que limita o acesso à petição individual em relação a determinados direitos. Apesar disso, o Tribunal sustentou que essas limitações não restringem sua competência para interpretar e aplicar o artigo 26 do Pacto de San José da Costa Rica. A Corte argumentou que o Protocolo não pode ser interpretado de forma a reduzir a proteção dos direitos previstos na Convenção Americana.

Por fim, a interpretação teleológica, ancorada no preâmbulo da Convenção Americana, destacou o propósito central do tratado: a proteção dos direitos humanos fundamentais. Com base no princípio *pro persona*, a Corte concluiu que nenhuma disposição do tratado pode ser interpretada de maneira a suprimir ou limitar direitos já reconhecidos.

Sendo assim, a Corte passou a proteger os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais – o que inclui o direito do trabalho – a partir da interpretação do artigo 26 do Pacto de San José da Costa Rica em relação à Carta da OEA e à Declaração Americana. A partir dessa nova metodologia, o Tribunal passou tutelar o direito ao trabalho com enfoque na garantia de

emprego²⁶, o direito à saúde²⁷, o direito à seguridade social²⁸, o direito às condições justas, equitativas e satisfatórias²⁹, o direito de greve³⁰ e o direito à negociação coletiva³¹.

Finalmente, destacamos dois aspectos a respeito dessa alteração jurisprudencial promovida pela Corte. Em primeiro lugar, esse processo não ocorre abruptamente, mas foi objeto de maturação ao longo dos anos pelo Tribunal. Em 2003, no caso *Cinco Pensionistas v. Peru*³², a aplicação do artigo 26, apesar de debatida, não foi efetivada. No caso *Trabajadores Demitidos del Congreso (Aguado-Alfaro e outros) v. Peru*, o juiz Cançado Trindade defendeu a interdependência e exigibilidade imediata dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.³³

O caso *Acevedo Buendía v. Peru* representou um avanço, com a Corte reconhecendo sua competência sobre o artigo 26 e a obrigação dos Estados de promover a realização progressiva dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.³⁴ Posteriormente, em casos como *Suárez Peralta v. Equador*³⁵ e *Canales Huapaya v. Peru*³⁶, juízes como Eduardo Ferrer Mac-Gregor e Roberto Caldas destacaram a necessidade de consolidar a autonomia do artigo 26, argumentando pela proteção de direitos como saúde e trabalho. Essas posições culminaram na abordagem inovadora adotada em *Lagos del Campo*, que

²⁶ Corte IDH. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Caso *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*.

²⁷ Corte IDH. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Caso *Poblete Vilches y otros Vs. Chile*.

²⁸ Corte IDH. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Caso *Muelle Flores Vs. Perú*.

²⁹ Corte IDH. Sentencia de 15 de julio de 2020. Caso *de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil*.

³⁰ Corte IDH. Sentencia de 17 de noviembre de 2021. Caso *Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala*.

³¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género*.

³² Corte IDH. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Caso *"Cinco Pensionistas" Vs. Perú*.

³³ Corte IDH. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*.

³⁴ Corte IDH. Sentencia de 1 de julio de 2009. Caso *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*; CARVALHO, Augusto César Leite de, "Indivisibilidade e progressividade dos direitos humanos sob a perspectiva da Corte IDH", *Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos: resgate da primazia concorrente dos direitos sociais em perspectiva ética emancipatória*, Any Ávila ASSUNÇÃO e Augusto César Leite de CARVALHO (orgs.), Venturoli, Brasília, 2023, p. 109.

³⁵ Corte IDH. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador*.

³⁶ Corte IDH. Sentencia de 24 de junio de 2015. Caso *Canales Huapaya y otros Vs. Perú*.

reconheceu a justiciabilidade direta e autônoma dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.³⁷

O segundo foi se relaciona com a influência do constitucionalismo transformador que impulsionou esse giro jurisprudencial da Corte. Essa doutrina é uma abordagem interpretativa que visa reformar estruturas socioeconômicas para promover uma sociedade mais democrática e comprometida com a realização plena dos direitos humanos.³⁸ No contexto latino-americano, essa perspectiva encontra expressão no *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL), que articula os sistemas jurídicos nacionais dos países da OEA com o SIDH. O ICCAL busca implementar os direitos previstos nas constituições nacionais, difundindo parâmetros de direitos humanos, compensando *déficits* nacionais e fortalecendo atores sociais para impulsionar mudanças legislativas e práticas. Nesse processo, o papel do judiciário é crucial, pois suas decisões moldam o terreno político para lutas sociais futuras, facilitando reformas e mobilizações públicas e gerando transformações sociais que transcendem os litígios individuais.³⁹

4. Os parâmetros interamericanos sobre negociação coletiva

Os parâmetros interamericanos sobre negociação coletiva foram desenvolvidos principalmente em dois casos. O primeiro foi o Parecer Consultivo nº 27, sobre liberdade sindical, negociação coletiva e greve, e sua relação com outros direitos, com perspectiva de gênero, cuja solicitação foi realizada pela Comissão Interamericana.⁴⁰

³⁷ Corte IDH. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Caso Lagos del Campo Vs. Perú.

³⁸ VON BOGDANDY, Armin, PIOVESAN, Flávia, MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer e ANTONIAZZI, Mariela Morales, "Introduction", *The Impact of the Inter-American Human Rights System: Transformations on the Ground*, Armin VON BOGDANDY, Flávia PIOVESAN, Eduardo Ferrer MAC-GREGOR e Mariela Morales ANTONIAZZI (eds.), Oxford University Press, Oxford, 2024.

³⁹ Ibid; VON BOGDANDY, Armin e URUEÑA, Rene, "International Transformative Constitutionalism in Latin America", *The American Journal of International Law*, Nº 114, Cambridge, 2020 p. 408.

⁴⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género.

O segundo é o caso membros do Sindicato Único de Trabalhadores de ECASA (SUTECASA) vs. Peru. Em 1990, integrantes da entidade sindical ingressaram com uma ação questionando dois decretos que, em sua visão, desrespeitavam um acordo coletivo. Embora a justiça tenha decidido a favor do sindicato em 1996, a execução da decisão se arrastou por 28 anos, levando a reiteradas decisões judiciais sem resultado efetivo.⁴¹

A Corte Interamericana parte de uma interpretação integrada e evolutiva da Convenção Americana e da Carta da OEA para reconhecer que a negociação coletiva faz parte dos direitos protegidos pelo artigo 26 da Convenção. Considerando os artigos 45. c e g da Carta da OEA, a Corte conclui que há referência suficientemente específica à negociação coletiva, o que permite derivar sua existência e proteção no âmbito do sistema interamericano de forma autônoma. Assim, esse direito passa a ser entendido como parte dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais protegidos pelo artigo 26 da Convenção.⁴²

Para sustentar essa interpretação, a Corte adota uma hermenêutica que combina a análise literal, contextual, teleológica e evolutiva dos tratados de direitos humanos, observando o princípio *pro persona* previsto no artigo 29 da Convenção Americana. A Corte não se limita à letra da Convenção. Para determinar o alcance concreto desse direito, também considera o Protocolo de San Salvador, a Declaração Americana e o *corpus iuris* internacional do direito do trabalho, incluindo normas da OIT, como as Convenções nº 98⁴³, 151⁴⁴ e

⁴¹ Corte IDH. Sentencia de 6 de junio de 2024. Caso Miembros del Sindicato Único de Trabajadores de ECASA (SUTECASA) Vs. Perú.

⁴² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género, parágrafo 44.

⁴³ A Convenção 98 da OIT exige que os Estados adotem medidas adequadas para estimular e fomentar a negociação coletiva, permitindo que empregadores e organizações de trabalhadores regulem condições de trabalho por meio de contratos coletivos.

⁴⁴ A Convenção 151 da OIT trata das relações de trabalho na administração pública, incluindo a negociação coletiva.

154⁴⁵, além da Declaração da Filadélfia (1944), que afirma o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva.⁴⁶

A Corte enfatiza que os tratados de direitos humanos devem ser vistos como instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar as transformações sociais e as condições de vida atuais. Assim, a incorporação dos parâmetros internacionais trabalhistas serve para definir o conteúdo e a extensão das obrigações estatais sobre a negociação coletiva, reconhecendo-a como direito protegido e efetivamente exigível no sistema interamericano.⁴⁷

A Corte entende que o direito à negociação coletiva e a liberdade sindical são direitos interdependentes e indivisíveis, de exigibilidade imediata e não condicionados a limitações orçamentárias estatais.⁴⁸ Para a efetiva proteção de ambos, exige-se a abstenção de interferências indevidas pelo Estado.⁴⁹ A liberdade sindical, direito inerente e inalienável a todo indivíduo, é um princípio geral do direito internacional.⁵⁰ A negociação coletiva, elemento essencial da liberdade sindical, constitui um instrumento crucial para as organizações de trabalhadores, proporcionando meios de negociar com empregadores a melhoria das condições de vida e trabalho de seus representados.⁵¹

Ambos os direitos estão intimamente ligados às liberdades de expressão, reunião e associação. Tais direitos permitem que trabalhadores e seus representantes se organizem, expressem reivindicações laborais e reduzam a

⁴⁵ A Convenção 154 define a negociação coletiva como o processo entre empregadores (ou suas organizações) e organizações de trabalhadores para estabelecer condições de trabalho e emprego, regular relações entre empregadores e trabalhadores ou entre seus respectivos órgãos representativos. A Convenção 154 da OIT obriga os Estados a garantir que a negociação coletiva seja acessível a todos os empregadores e trabalhadores, que o seu escopo seja ampliado progressivamente, que haja regras procedimentais acordadas, que não haja obstáculos ao seu desenvolvimento e que os órgãos e procedimentos de resolução de conflitos laborais fomentem a negociação coletiva.

⁴⁶ Corte IDH. Sentencia de 6 de junio de 2024. Caso Miembros del Sindicato Único de Trabajadores de ECASA (SUTECASA) Vs. Perú, parágrafo 189. GARCÍA MUÑOZ, Soledad e KALIL, Renan Bernardi, “Libertad sindical. Huelga. Perspectiva de género. Corte IDH. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género. Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27”, Revista Debates Sobre Derechos Humanos, Nº 5, José C. Paz, 2021, pp. 243-255.

⁴⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género, parágrafo 44.

⁴⁸ *Ibid.*, parágrafo 118.

⁴⁹ *Ibid.*, parágrafo 118.

⁵⁰ *Ibid.*, parágrafo 58.

⁵¹ *Ibid.*, parágrafo 146.

desigualdade nas relações de trabalho. Os Estados têm o dever de respeitar e garantir esses direitos.⁵²

O direito à liberdade de expressão inclui o acesso à informação, o que é fundamental para que os trabalhadores obtenham dados públicos necessários à efetiva prática dos direitos sindicais, incluindo a negociação coletiva. Assim, o acesso à informação torna-se instrumental para a concretização desses direitos, uma vez que permite que as tratativas entre as partes ocorram de forma substantiva e equitativa.⁵³

A liberdade de expressão, bem como a possibilidade de difundir informações e opiniões, é crucial para o exercício dos direitos sindicais e da negociação coletiva. Qualquer ameaça ou ação penal contra líderes sindicais por expressarem opiniões legítimas gera um efeito intimidador e prejudica a efetivação desses direitos. Além disso, as organizações sindicais devem ter liberdade para utilizar símbolos, publicações e meios de comunicação sem sofrer ingerências estatais arbitrárias.⁵⁴

O direito de reunião pacífica é considerado um elemento fundamental da liberdade de expressão e um meio para pleitear outros direitos, dentre eles a liberdade sindical e a negociação coletiva. As manifestações públicas ampliam a possibilidade de trabalhadores expressarem suas demandas, sendo, portanto, essenciais em sociedades democráticas. Esse direito não deve ser restringido de forma a inviabilizar a participação sindical e a expressão de reivindicações laborais.⁵⁵

A negociação coletiva é um direito humano protegido pelo sistema interamericano, sendo fundamental para a defesa adequada dos direitos dos trabalhadores. Por meio desse instrumento, é possível promover o direito ao trabalho e a condições justas, equitativas e satisfatórias, com o objetivo de reduzir a assimetria de poderes que existe na relação de trabalho, de remediar

⁵² *Ibid.*, parágrafos 121-142.

⁵³ *Ibid.*, parágrafo 136.

⁵⁴ *Ibid.*, parágrafo 137.

⁵⁵ *Ibid.*, parágrafo 139.

os abusos e de assegurar salário justos, condições de trabalho seguras e uma voz coletiva.⁵⁶

Nesse sentido, os Estados devem adotar mecanismos para garantir o exercício desse direito, assegurando recursos judiciais efetivos contra violações, prevenindo, investigando e punindo responsáveis por tais abusos. Além disso, devem implementar medidas específicas para sua plena realização.⁵⁷

O direito à negociação coletiva exige ações positivas e negativas por parte dos Estados. Em relação às primeiras, deve-se adotar medidas que estimulem e fomentem o uso de procedimentos de negociação voluntária entre organizações de trabalhadores e empregadores e organizações de empregadores. Dessa forma, é possível estabelecer regras sobre as condições de trabalho por meio de instrumentos coletivos de trabalho.⁵⁸

Em relação às segundas, os Estados devem se abster de limitar os sindicatos de exercer o direito de negociar para melhorar as condições de trabalho e de vida de seus representados, deixando de se imiscuir nas tratativas entre trabalhadores e empregadores.⁵⁹ Nesse sentido, a intervenção estatal que restrinja a negociação coletiva viola o direito das organizações de gerir as suas atividades e de formular o seu programa de ação.⁶⁰

O direito de negociação coletiva é composto por três elementos mínimos: a) o princípio de não discriminação dos trabalhadores no exercício da atividade sindical, uma vez que a igualdade é um elemento essencial para o desenvolvimento dos processos negociais; b) a não ingerência, direta ou indireta, dos empregadores nos sindicatos de trabalhadores nos momentos de criação, funcionamento e administração, uma vez que isso pode produzir desequilíbrios na negociação, de forma a menoscabar o objetivo dos trabalhadores de melhorar a suas condições de trabalho e de vida por meio da

⁵⁶ *Ibid.*, parágrafo 124.

⁵⁷ *Ibid.*, parágrafo 213. 2.

⁵⁸ Corte IDH. Sentencia de 6 de junio de 2024. Caso Miembros del Sindicato Único de Trabajadores de ECASA (SUTECASA) Vs. Perú, parágrafo 200

⁵⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género, parágrafo 91.

⁶⁰ Corte IDH. Sentencia de 6 de junio de 2024. Caso Miembros del Sindicato Único de Trabajadores de ECASA (SUTECASA) Vs. Perú, parágrafo 199.

negociação coletiva, além levar à deturpação da expressão da vontade coletiva dos representados; c) o estímulo progressivo aos processos de negociação voluntária entre trabalhadores e empregadores que possibilitem o avanço dos direitos por meio de instrumentos coletivos de trabalho.⁶¹

As partes devem negociar de boa-fé, sendo que o acordo produto da negociação coletiva deve ser obrigatoriamente cumprido entre os seus signatários e representados. O respeito do teor dos compromissos celebrados pelas partes é central do direito à negociação coletiva e elemento importante para que as relações de trabalho ocorram em bases sólidas e estáveis. A não aplicação do instrumento coletivo enseja a violação do direito à negociação coletiva e do princípio da negociação de boa-fé.⁶²

A desigualdade entre as partes da relação de trabalho e a natureza protetiva do direito do trabalho para reequilibrar essa relação devem ser levadas em consideração ao se examinar os limites da negociação coletiva. Nesse sentido, entende-se que permitir a derrogação da legislação trabalhista de forma geral, “in pejus”, por meio de um acordo ou convenção coletiva, coloca os trabalhadores em maior desvantagem em relação ao empregador. Isso pode levar a uma deterioração de suas condições de trabalho e de vida, violando o nível mínimo de proteção estabelecido pela legislação nacional e internacional.⁶³

A legislação trabalhista é criada pelo Estado, enquanto o acordo coletivo resulta da autonomia privada coletiva. Assim, a negociação coletiva não pode simplesmente anular a proteção prevista em lei, já que esta reflete normas de direito do trabalho e direitos humanos. Essas devem servir como um piso protetivo sobre o qual as negociações devem ocorrer.⁶⁴

O direito do trabalho estabelece níveis mínimos de proteção, a partir dos quais a negociação coletiva pode construir melhorias, mas não retroceder. A

⁶¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género; Corte IDH. Sentencia de 6 de junio de 2024. Caso Miembros del Sindicato Único de Trabajadores de ECASA (SUTECASA) Vs. Perú, parágrafo 199.

⁶² Corte IDH. Sentencia de 6 de junio de 2024. Caso Miembros del Sindicato Único de Trabajadores de ECASA (SUTECASA) Vs. Perú, parágrafo 195.

⁶³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género, parágrafos 144-146.

⁶⁴ *Ibid.*, parágrafo 144

legislação nacional fixa um piso que não deve ser renunciado pelos trabalhadores. Esse entendimento vem do Comitê de Liberdade Sindical da OIT, que reconhece esses direitos mínimos como inalienáveis e não passíveis de redução pela negociação coletiva.⁶⁵ O caráter protetivo do direito do trabalho é reforçado por instrumentos internacionais, como a Declaração Americana, a Carta da OEA e o Protocolo de San Salvador, que exigem condições dignas e justas para os trabalhadores. O objetivo central da negociação coletiva é justamente melhorar as condições de vida e trabalho, não as reduzir.⁶⁶

O Estado tem a obrigação, segundo os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, de proteger os direitos trabalhistas garantidos pelo artigo 26 e não permitir que sejam restringidos arbitrariamente. Além disso, o dever de não regressividade impede que a negociação coletiva sirva como instrumento para diminuir proteções já consolidadas legalmente, salvo justificativas muito criteriosas e em consonância com o aproveitamento máximo de recursos disponíveis.⁶⁷

É juridicamente inadmissível que a legislação autorize a renúncia, por meio de contrato coletivo, à proteção legal mínima. Tal permissão configuraria retrocesso indevido em relação à progressividade dos direitos, criando um vácuo que enfraqueceria a proteção trabalhista já garantida pelo Estado.⁶⁸ O direito à negociação coletiva deve ser compatível com o objetivo dos tratados de direitos humanos: assegurar e ampliar direitos, jamais restringi-los. Permitir a revogação “in pejus” representa regressão contrária à essência da negociação coletiva, que visa aprimorar, e não degradar, as condições de trabalho, sob pena de comprometer outras garantias laborais fundamentais.⁶⁹ Assim, o direito do trabalho define um piso mínimo de proteção, irrenunciável por meio de negociação coletiva, de modo que acordos e convenções não podem reduzir o nível de proteção laboral previsto em lei.⁷⁰

⁶⁵ *Ibid.*, parágrafo 145

⁶⁶ *Ibid.*, parágrafo 146

⁶⁷ *Ibid.*, parágrafo 147

⁶⁸ *Ibid.*, parágrafo 148

⁶⁹ *Ibid.*, parágrafo 149

⁷⁰ *Ibid.*, parágrafo 213.5.

O exercício da liberdade sindical e da negociação coletiva só pode ser limitado por leis que atendam às exigências estritas de uma sociedade democrática, protegendo a ordem pública, a saúde e a moral públicas, bem como os direitos e liberdades alheios. Tais limitações devem ser interpretadas de forma restrita, sem esvaziar o conteúdo essencial desses direitos, seguindo o princípio *pro persona*. A própria Convenção permite restrições especiais para forças armadas, polícia, funcionários com poder de autoridade estatal e serviços essenciais. Contudo, tais restrições devem ter fins legítimos e cumprir os critérios de idoneidade, necessidade e proporcionalidade.⁷¹

A obrigação estatal, prevista no artigo 25.1 da Convenção Americana, de garantir recursos judiciais efetivos contra violações de direitos fundamentais, inclui a liberdade sindical e a negociação coletiva. Um recurso efetivo não se limita a existir formalmente; ele deve produzir resultados concretos, analisando substancialmente os argumentos apresentados e oferecendo respostas adequadas. Isso não significa, porém, que o êxito da ação é garantido, mas que o recurso deve ser capaz de efetivamente contestar a violação.⁷²

A Corte reconhece como compatíveis com a liberdade sindical tanto sistemas em que o sindicato mais representativo tem direitos exclusivos de negociação, quanto sistemas com múltiplos acordos coletivos. Entretanto, mesmo em regimes que beneficiem sindicatos majoritários, as organizações minoritárias devem poder exercer ao menos a função de porta-vozes de seus membros, representando-os em demandas individuais.⁷³

Os servidores públicos devem ter proteção contra discriminação antissindical e o Estado deve priorizar a negociação coletiva na determinação das condições de trabalho na administração pública. Isso inclui garantir acesso a informações necessárias à negociação, além de proibir atos que forcem o trabalhador a se filiar ou se desfiliar de um sindicato sob ameaça de perda do emprego. Em quaisquer contextos econômicos, a negociação coletiva deve prevalecer sobre medidas legais que limitem salários no setor público.⁷⁴

⁷¹ *Ibid.*, parágrafo 114

⁷² *Ibid.*, parágrafo 115.

⁷³ *Ibid.*, parágrafo 92

⁷⁴ *Ibid.*, parágrafo 93

A Corte destaca a obrigação estatal de assegurar o pleno exercício dos direitos sindicais, o que abrange a negociação coletiva, às mulheres em igualdade de condições com os homens. Isso implica ausência de discriminação, livre acesso a organizações sindicais e a possibilidade de constituir ou a elas se filiar, proporcionando recursos judiciais efetivos contra quaisquer segregações.⁷⁵

Para alcançar a participação equilibrada de ambos os gêneros no âmbito laboral e sindical, os Estados devem adotar medidas que removam barreiras à participação feminina, inclusive em cargos de liderança. Essas medidas abrangem o incentivo à sindicalização feminina, a incorporação do princípio da igualdade nos estatutos sindicais e campanhas contra estereótipos de gênero, de forma a garantir a representação dos interesses das mulheres nas negociações coletivas e assegurar condições de trabalho justas e satisfatórias sem discriminação.⁷⁶

A Corte ressalta que o dever de respeitar e garantir os direitos à liberdade sindical e à negociação é ainda mais acentuado para mulheres em situação de maior vulnerabilidade, exigindo ações positivas para enfrentar fatores estruturais como pobreza, marginalização, violência e assédio no trabalho, assegurando a garantia de emprego e condições adequadas de saúde e meio ambiente de trabalho.⁷⁷

A igualdade entre homens e mulheres no espaço laboral e sindical exige não só a proibição formal da discriminação, mas também a implementação de medidas positivas e a transformação das práticas sindicais. Os Estados devem incorporar a perspectiva de gênero em políticas e normas e, ao mesmo tempo, adotar medidas concretas para superar estereótipos e permitir a igualdade efetiva no exercício de direitos sindicais, inclusive a negociação coletiva.⁷⁸

Nesse sentido, a Corte expõe a necessidade de cotas ou posições reservadas para mulheres em espaços de tomada de decisão nos sindicatos. Isso tem o objetivo de superar obstáculos à liderança feminina e garantir uma

⁷⁵ *Ibid.*, parágrafo 168.

⁷⁶ *Ibid.*, parágrafo 180

⁷⁷ *Ibid.*, parágrafo 187

⁷⁸ *Ibid.*, parágrafo 189

representação proporcional e tendente à paridade de gênero nos órgãos diretivos e no processo de negociação coletiva.⁷⁹

Finalmente, destacamos que a Corte ressalta que o respeito e a garantia da liberdade sindical e da negociação coletiva são condições prévias fundamentais para os trabalhadores participarem efetivamente da elaboração de políticas públicas, especialmente diante das transformações tecnológicas no mundo do trabalho. Essas mudanças podem criar desafios, como intensificação do ritmo de trabalho, jornadas excessivas, maior precarização, ampliação da informalidade e vigilância invasiva. Por isso, é essencial assegurar a possibilidade real de formar sindicatos e negociar condições de trabalho justas e equitativas, adequando-se aos contextos emergentes de inovação tecnológica e buscando obter ganhos diante dessas intensas metamorfoses no âmbito laboral.⁸⁰

5. Reforma trabalhista e a jurisprudência do STF sobre negociação coletiva

A reforma trabalhista de 2017 foi adotada em um contexto de forte questionamento à CLT, tendo por objetivo reduzir os parâmetros de proteção ao trabalhador. Os discursos que justificaram as alterações propostas, que estão sistematizados nos relatórios aprovados do deputado federal Rogério Marinho, na Câmara dos Deputados, e do senador Ricardo Ferraço, no Senado Federal, podem ser divididos em dois campos: institucionais e econômicos.⁸¹

Em relação ao primeiro, há menção ao “mito da outorga”, que atribui à CLT um caráter unilateral e de imposição por Getúlio Vargas, desconsiderando as históricas lutas operárias. Também se aponta a influência fascista, remetendo à *Carta del Lavoro* de Mussolini. Além disso, critica-se a suposta tendência da Justiça do Trabalho em favorecer o empregado, impondo custos elevados aos empregadores. Por fim, argumenta-se que a CLT estaria ultrapassada, como se

⁷⁹ *Ibid.*, parágrafo 197

⁸⁰ *Ibid.*, parágrafo 210.

⁸¹ SILVA, Sandro Pereira, "A Estratégia Argumentativa da Reforma Trabalhista no Brasil à Luz de Dados Internacionais", *Boletim Mercado de Trabalho*, Nº 64, 2018, p. 100.

o texto aprovado em 1943 estivesse praticamente intocado desde então. Entretanto, todos esses argumentos já foram amplamente rechaçados por diversas pesquisas científicas.⁸²

Examinando o segundo campo discursivo, aponta-se que a legislação é vista como um entrave ao crescimento econômico, devido aos custos e à insegurança jurídica que impõe às empresas. Adicionalmente, argumenta-se que a CLT agrava a desigualdade social ao segmentar o mercado de trabalho entre trabalhadores protegidos e desprotegidos, além de comprometer a competitividade nacional e o influxo de investimentos estrangeiros, devido aos encargos trabalhistas. Por fim, a rigidez da legislação é indicada como um fator limitante da produtividade, uma vez que dificulta a alocação eficiente da mão de obra. Contudo, assim como ocorreu em relação aos argumentos institucionais, os econômicos não encontram respaldo científico.⁸³

A reforma trabalhista foi construída com base em um tripé: a) flexibilização das modalidades de contratação, da jornada de trabalho e da remuneração em benefício do empregador; b) fragilização das instituições públicas e da organização sindical; e c) individualização dos riscos, promovendo a ideia de que os trabalhadores devem se autogerenciar e assumir os imprevistos inerentes ao trabalho.⁸⁴

A prevalência do negociado sobre o legislado, mesmo que o acordo estabeleça parâmetros abaixo do previsto em lei, foi um dos principais objetivos da reforma trabalhista. Tanto que esteve presente desde o movimento inicial realizado pelo governo Temer para modificar a legislação, quando enviou o Projeto de Lei nº 6.787/2016 ao Congresso Nacional.

A aprovação da Lei nº 13.467/2017 introduziu os artigos 611-A e 611-B na CLT. O primeiro estabelece que

a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II - banco de horas anual; III

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*, p. 100-101.

⁸⁴ KREIN, José Dari e COLOMBI, Ana Paula Fregnani, "A Reforma Trabalhista em Foco: Desconstrução da Proteção Social em Tempos de Neoliberalismo Autoritário", *Educação & Sociedade*, Nº 40, 2019, p. 4.

- intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei 13.189, de 19/11/2015; V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI - regulamento empresarial; VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado; XII - enquadramento do grau de insalubridade; XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

A locução “entre outros” presente no *caput* do artigo 611-A demonstra que é exemplificativo o rol das matérias mencionadas em seus incisos.⁸⁵

Para que não pairassem dúvidas sobre a possibilidade da celebração de instrumento coletivo de trabalho em que houvesse apenas e tão somente a previsão de rebaixamento de direitos, foi inserido o parágrafo 2º no artigo 611-A: “a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico”.

Por sua vez, o artigo 611-B estabelece um rol taxativo de matérias que não podem ser restringidas ou abolidas por meio de negociação coletiva ao prever que

constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: I – normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III – valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); IV – salário

⁸⁵ DELGADO, Mauricio Godinho e DELGADO, Gabriela Neves, A Reforma Trabalhista no Brasil - com os comentários à Lei n. 13.467/2017, LTr, São Paulo, 2018, p. 320.

mínimo; V – valor nominal do décimo terceiro salário; VI – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII – salário-família; IX – repouso semanal remunerado; X – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal; XI – número de dias de férias devidas ao empregado; XII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII – licença-maternidade com a duração mínima de 120 dias; XIV – licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI – aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de 30 dias, nos termos da lei; XVII – normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX – aposentadoria; XX – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; XXI – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXII – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos; XXIV – medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; XXV – igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; XXVI – liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; XXVII – direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; XXVIII – definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; XXIX – tributos e outros créditos de terceiros; XXX – as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação”.

Basicamente, trata-se da reprodução dos direitos previstos no artigo 7º da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal (STF) possui entendimento consolidado que corrobora essa alteração promovida na CLT. Em junho de 2022 fixou a seguinte tese de repercussão geral: “São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis” (Tema 1046). No julgamento do ARE 1.121.633, que deu origem à referida tese, constou que são absolutamente indisponíveis as normas constitucionais, os direitos previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil e normas, ainda que infraconstitucionais, que assegurem garantias mínimas de cidadania aos trabalhadores. Ainda, elencou os seguintes direitos: cota para aprendizes e pessoas com deficiência, normas de saúde e segurança do trabalho, questões antidiscriminatórias, salário mínimo, repouso semanal remunerado, anotação da Carteira de Trabalho e da Previdência Social (CTPS) e liberdade de trabalho, além daqueles previstos no artigo 611-B da CLT.⁸⁶

Dessa forma, percebe-se que o STF, ao julgar o ARE 1.121.633, reproduziu as matérias que, conforme o artigo 611-B da CLT, não podem ser reduzidas ou suprimidas por meio de negociação coletiva. Assim, acabou por validar o negociado sobre o legislado, de forma genérica e para rebaixar direitos, sem a necessidade de existir alguma forma de compensação aos prejudicados. E mais: consagrou essa tese utilizando como embasamento normativo o próprio direito à negociação coletiva, previsto no artigo 7º, XXVI da Constituição Federal.

6. Controle de convencionalidade no Brasil e a negociação coletiva

⁸⁶ SILVA, Ednaldo Rodrigo Brito da e CORREIA, Henrique, Precedentes Vinculantes do STF na Área Trabalhista: Comentários às Decisões do STF em Controle de Constitucionalidade em Matéria Trabalhista, Juspodivm, Salvador, 2025, pp. 549-550.

A jurisprudência da Corte Interamericana desenvolveu o conceito de controle de convencionalidade a partir do caso *Almonacid Arellano v. Chile*⁸⁷, em que os Estados devem efetivar a obrigação de garantir os direitos humanos no âmbito interno por meio do exame da conformidade das normas e práticas nacionais diante da Convenção Americana.

Quando um Estado ratifica um tratado internacional, todos os seus órgãos estão sujeitos às obrigações previstas nesse documento. Assim, o Poder Judiciário e as autoridades do sistema de justiça, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, por exemplo, têm a obrigação de exercer o controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana, no âmbito de suas atribuições, para que as disposições do Pacto de San José da Costa Rica não sejam esvaziadas. Esse controle deve ser realizado *ex officio* e levar em consideração não apenas os artigos da Convenção Americana, mas também os parâmetros estabelecidos pela jurisprudência da Corte Interamericana, oriunda tanto de casos contenciosos como de sua competência consultiva⁸⁸. Os membros do Poder Judiciário também podem ser provocados para exercer o controle de convencionalidade em determinado caso.⁸⁹

Nesse sentido, Lorena Vasconcelos Porto, Silvio Beltramelli Neto e Thiago Gurjão Alves Ribeiro apontam que a promoção e a proteção dos direitos humanos, por meio a aplicação das normas contidas nos tratados internacionais, é incumbência de diversos agentes do Estado, como o Poder Judiciário e o Ministério Público. Segundo os autores, os magistrados têm a obrigação jurídica de reparar as lesões decorrentes do desrespeito aos direitos humanos, de não aplicar legislação interna em conflito com os tratados internacionais sobre o tema

⁸⁷ Corte IDH. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*.

⁸⁸ Corte IDH. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México* parágrafo 225; Corte IDH. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Caso *Gelman Vs. Uruguay*, parágrafo 239; Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, parágrafo 31.

⁸⁹ MAZZUOLI, Valério e AZEVEDO NETO, Platon Teixeira, “Noções Básicas para a Compreensão do Controle de Convencionalidade”, *Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*, Valerio MAZZUOLI e Platon Teixeira AZEVEDO NETO (orgs.), Venturoli, Brasília, 2024, p. 39.

e de interpretar o ordenamento jurídico nacional em conformidade com a normativa do direito internacional dos direitos humanos⁹⁰.

A análise da conformidade do ordenamento jurídico nacional com o Pacto de San José da Costa Rica não trata somente da necessidade de criação ou revogação de normas internas. É preciso que se desenvolvam práticas estatais que viabilizem a observância efetiva desse tratado. A existência de uma norma não assegura por si que a sua aplicação seja adequada. Portanto, a forma pela qual ocorre o cumprimento da legislação e a sua interpretação devem concorrer para tornar efetivos os direitos e as liberdades previstas na Convenção Americana⁹¹.

Um aspecto relevante para compreender o alcance do controle de convencionalidade e das sentenças proferidas pela Corte é examinar o seu duplo efeito, o que depende do fato de um determinado Estado ter sido parte material ou não no processo que tramitou perante o Tribunal⁹².

Nos casos em que é proferida uma sentença pela Corte Interamericana com força de coisa julgada internacional em face de determinado Estado submetido à sua jurisdição, todos os seus órgãos – incluindo o Judiciário e o MP – devem tomar medidas para cumprir e aplicar a decisão. Nesse sentido, esse Estado deve observar não só os parâmetros jurídicos decorrentes da Convenção Americana estabelecidos pela Corte, mas também dar efetividade às reparações fixadas, como indenizações compensatórias para as vítimas, realizar as medidas de reabilitação e satisfação, promover obrigações de investigação e garantias de não repetição, dentre outras⁹³.

Quando existe uma sentença proferida em um caso no qual um Estado não é parte material no processo, o mero fato de ser signatário da Convenção Americana gera algumas obrigações. Todas as suas autoridades públicas e órgãos estão obrigados pelo tratado a realizar o controle de convencionalidade

⁹⁰ PORTO, Lorena Vasconcelos, BELTRAMELLI NETO, Silvio e RIBEIRO, Thiago Gurjão Alves, Temas da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista): à luz das normas internacionais. Gráfica Movimento, Brasília, 2018, pp. 12-13.

⁹¹ Corte IDH. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Caso Radilla Pacheco Vs. México, parágrafo 338.

⁹² Corte IDH. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, parágrafo 67.

⁹³ *Ibid.*, parágrafo 68.

na criação e aplicação de normas, no exame da validade e compatibilidade das leis diante do Pacto de San José da Costa Rica e na instrução, julgamento e resolução de casos concretos, levando em consideração a Convenção Americana e todos os precedentes e todas as diretrizes jurisprudenciais estabelecidas pela Corte⁹⁴.

O controle de convencionalidade deve ser realizado tendo em vista não apenas as sentenças da Corte, mas também os pareceres consultivos que emite. Ambas as competências, contenciosa e consultiva, compartilham o objetivo fundamental do sistema interamericano de direitos humanos: a proteção dos direitos fundamentais. Os pareceres consultivos, ao interpretar normas convencionais, servem como fonte normativa que contribui, especialmente de forma preventiva, para assegurar o respeito e a garantia efetiva dos direitos humanos.⁹⁵

Dessa forma, os parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana, sejam eles oriundos de casos contenciosos ou de pareceres consultivos, decorrem do exercício hermenêutico da Convenção Americana, que revela o conteúdo e o alcance de seus dispositivos, sendo vinculantes para os Estados que a ratificaram e reconheceram a jurisdição do Tribunal.

O controle de convencionalidade está diretamente relacionado com o princípio da complementariedade ou da subsidiariedade. Ou seja, é possível buscar a responsabilização estatal por eventual descumprimento da Convenção Americana na esfera internacional somente nos casos em que o Estado tenha tido a oportunidade de reconhecer a violação e de reparar os danos de acordo com os seus mecanismos internos⁹⁶.

Isso significa que existe um controle dinâmico e complementar das obrigações convencionais dos Estados em respeitar e garantir os direitos humanos de forma conjunta entre as autoridades internas, que devem atuar em

⁹⁴ *Ibid.*, parágrafo 69.

⁹⁵ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, parágrafo 31; Corte IDH. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, parágrafo 26.

⁹⁶ Corte IDH. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, parágrafo 142.

primeiro lugar, e as instâncias internacionais, que são acionadas de forma complementar. Isso permite que os critérios decisórios se adequem e conformem entre si⁹⁷.

O controle de convencionalidade não "cria" a inconvencionalidade de uma norma, ele a declara. Isso significa que a norma é considerada inválida desde o momento em que foi criada, como se sempre tivesse sido incompatível com os tratados internacionais. Essa declaração tem efeitos retroativos, anulando a norma e todos os atos jurídicos que dela surgiram, como se nunca tivesse existido.⁹⁸

O controle de convencionalidade ainda não está disseminado no Brasil. Pesquisas demonstram que a sua prática ainda é rara nos tribunais trabalhistas, sendo que, quando ocorre, é adotado de forma pontual e episódica.⁹⁹ Para reverter esse quadro que afeta todo o Poder Judiciário, os seus órgãos de cúpula estão desenvolvendo ações para estimular o exame da conformidade das normas e práticas nacionais diante dos tratados internacionais de direitos humanos.

Nesse sentido, destacamos a Recomendação nº 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que trata da observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O seu artigo 1º, I recomenda "aos órgãos do Poder Judiciário: I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte

⁹⁷ *Ibid.*, parágrafo 143.

⁹⁸ MAZZUOLI, Valério e AZEVEDO NETO, Platon Teixeira, "Noções Básicas para a Compreensão do Controle de Convencionalidade", *Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*, Valerio MAZZUOLI e Platon Teixeira AZEVEDO NETO (orgs.), Venturoli, Brasília, 2024, p. 37.

⁹⁹ BELTRAMELLI NETO, Silvio e MARQUES, Mariele Torres, "Controle de Convencionalidade na Justiça do Trabalho Brasileira: Análise Jurisprudencial Quantitativa e Qualitativa", *Revista Opinião Jurídica*, vol. 18, Nº 27, 2020, pp. 45-70; SANTOS, Richardy Videnov Alves dos, MOREIRA, Thiago Oliveira e DUARTE NETO, Bento Herculano, "Controle de Convencionalidade da Reforma Trabalhista pelos Magistrados de 1º Grau do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região", *INTER – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ*, vol. 4, Nº 2, 2021, pp. 96-125.

Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas”.¹⁰⁰

Feitas essas considerações, passamos à análise do controle de convencionalidade das alterações promovidas pela reforma trabalhista na negociação coletiva, especialmente diante dos artigos 611-A e 611-B da CLT.

A impossibilidade de a negociação coletiva derrogar a legislação trabalhista em prejuízo do trabalhador fundamenta-se na natureza protetiva do direito do trabalho, que visa reequilibrar a desigualdade intrínseca às relações laborais. A permissão para que direitos mínimos legalmente assegurados sejam reduzidos por meio de acordos coletivos viola o patamar de proteção garantido pela legislação nacional e internacional.

A lei trabalhista, instituída pelo Estado, define um mínimo legal que constitui um piso irrenunciável e insuscetível de mitigação. A negociação coletiva deve impulsionar aprimoramentos, e não retrocessos, nas condições de trabalho e de vida dos trabalhadores. O princípio da não regressividade veda a redução de direitos consolidados, salvo mediante justificativas rigorosas e criteriosas. Desse modo, a negociação coletiva deve harmonizar-se com o objetivo de expandir e salvaguardar direitos, e não servir como instrumento para sua restrição.

Existem dois acórdãos proferidos pela 4ª turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região que declararam a inconvencionalidade de dispositivos dos artigos 611-A e 611-B da CLT. No primeiro caso, os magistrados entenderam pela impossibilidade de a negociação coletiva ampliar para 30 minutos o limite máximo para que as variações de horário no registro de ponto sejam computadas como horas extras (o artigo 58, parágrafo 1º da CLT fixa em 10 minutos) e estabelecer a hora noturna de 60 minutos para empregados que recebem

¹⁰⁰ Dentre os considerandos da referida Recomendação, ressaltamos aquele que aponta que “a Corte Interamericana de Derechos Humanos reiterou em sua jurisprudência, inclusive nos casos em que o Estado Brasileiro foi condenado diretamente, o dever de controlar a convencionalidade pelo Poder Judiciário, no sentido de que cabe aos juízes e juízas aplicar a norma mais benéfica à promoção dos direitos humanos no equilíbrio normativo impactado pela internacionalização cada vez mais crescente e a necessidade de se estabelecer um diálogo entre os juízes”.

adicional noturno de 40% (o artigo 73, parágrafo 1º da CLT coloca que a hora noturna é de 52 minutos e 30 segundos).¹⁰¹

No segundo, os magistrados entenderam que convenção coletiva de trabalho não pode reduzir o intervalo intrajornada de descanso ou refeição para até trinta minutos, assim como não pode dispensar, de forma genérica, os empregados da anotação da jornada de trabalho.¹⁰²

Some-se a isso o cenário da negociação coletiva no Brasil. Vivemos em um ambiente no qual empregadores adotam práticas antissindicais em face de trabalhadores (e a nossa legislação para combatê-las é débil, como expresso pela própria OIT¹⁰³), existe um monopólio de representação que enfraquece a expressão dos interesses dos grupos sociais, há diversos casos em que os empregadores e o Estado se recusam a negociar com os trabalhadores, não há qualquer obrigação dos patrões apresentarem dados e informações da atividade empresarial durante as negociações (o que torna o processo pouco transparente) e dispensas coletivas são promovidas sem qualquer contato prévio com os representantes dos trabalhadores.¹⁰⁴ Dessa forma, parece-nos evidente que, em um cenário árido para o exercício negocial, os representantes dos trabalhadores se encontram sitiados para fazer frente às investidas patronais com o objetivo de reduzir direitos por meio de acordos ou convenções coletivas de trabalho.

Outro aspecto relevante a ser considerado sobre este tema são os potenciais efeitos negativos que a prevalência do negociado sobre o legislado, instituído pela reforma trabalhista, pode acarretar para as mulheres trabalhadoras. A composição majoritariamente masculina das diretorias sindicais, aliada ao *déficit* de representatividade feminina, pode comprometer

¹⁰¹ Trata-se do acórdão proferido no processo nº. 0000890-17.2021.5.09.0069. A decisão, proferida em 2023, teve como relator o Desembargador Luiz Eduardo Gunther.

¹⁰² Trata-se do acórdão proferido no processo nº 0000403-70.2021.5.09.0029. A decisão, proferida em 2023, teve como relator o Desembargador Ricardo Tadeu Marques da Fonseca.

¹⁰³ OIT, "Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte A)". 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_norm/%40relconf/document/s/meetingdocument/wcms_736217.pdf.

¹⁰⁴ KALIL, Renan Bernardi, "Deforma Trabalhista." *Jota*, São Paulo, 18 de outubro de 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/deforma-trabalhista>.

direitos historicamente conquistados pelas mulheres, na medida em que exista margem para a sua supressão ou redução por meio da negociação coletiva.

Portanto, entendemos que a prevalência do negociado sobre legislado que resulte no estabelecimento de regras menos benéficas aos trabalhadores do que as previstas em lei confronta diretamente com os parâmetros interamericanos sobre negociação coletiva e viola o artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos.¹⁰⁵

7. Considerações finais

Se o ano de 2017 foi um momento de enfraquecimento dos parâmetros de proteção dos trabalhadores no âmbito nacional, a Corte Interamericana deu início a um movimento com potencial para fazer frente ao enfraquecimento do direito do trabalho na esfera regional.

Os parâmetros interamericanos sobre negociação coletiva devem ser observados por todos os atores das instituições do sistema trabalhista. A partir do momento em que o Brasil ratificou a Convenção Americana e aceitou a jurisdição da Corte Interamericana, tudo de forma voluntária, foi assumido o compromisso em efetivar esse tratado internacional e em seguir os precedentes estabelecidos pelo Tribunal.

Os caminhos aqui indicados são possibilidade iniciais, o que evidentemente não encerra a potencialidade que as normas interamericanas nos oferecem. Nesse contexto, é essencial que os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Auditoria-Fiscal promovam o controle de convencionalidade, cumpram suas incumbências de aplicar os tratados de direito internacional dos direitos humanos e procurem dar efetividade à Convenção Americana, ao Protocolo de San Salvador e aos parâmetros interamericanos definidos pela Corte.

¹⁰⁵ No mesmo sentido: GUNTHER, Luiz Eduardo e VILATORE, Marco Antônio César, "O controle de convencionalidade e a negociação coletiva de trabalho", *Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*, Valerio MAZZUOLI e Platon Teixeira AZEVEDO NETO (orgs.), Venturoli, Brasília, 2024, pp. 265–266; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de, *Controle de Convencionalidade em Matéria Trabalhista*, Venturoli, Brasília, 2021, p. 108.

Os magistrados, ao analisarem uma reclamação trabalhista submetida à sua apreciação na qual uma garantia trabalhista seja mitigada por ocasião de um acordo ou convenção coletiva de trabalho, devem declarar a nulidade do instrumento coletivo. Como consequência, devem aplicar o dispositivo normativo de forma a assegurar o direito em conformidade com a lei, nos termos da mencionada decisão proferida pela 4ª turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.

Os procuradores do trabalho, ao receberem uma notícia de fato, devem investigar os casos de forma a buscar a efetivação dos direitos trabalhistas nos exatos termos previstos na legislação, ainda que exista uma norma coletiva fixando parâmetros abaixo daqueles previstos em lei. Ademais, devem questionar as cláusulas coletivas que rebaixem os direitos trabalhistas e buscar que os seus signatários não reincidam nessa prática.

Os auditores-fiscais do trabalho, ao realizarem diligências para verificar o cumprimento da lei, devem considerar que houve o descumprimento do ordenamento jurídico quando um direito não é observado em razão da existência de um acordo ou convenção coletiva de trabalho que fixou condições de trabalho piores que as previstas na legislação. Dessa forma, devem lavrar autos de infração e aplicar a multa administrativa correspondente à violação do direito violado.

A omissão em promover o controle de convencionalidade abre espaço para a responsabilização internacional do Estado brasileiro quando as leis e as práticas nacionais contrariarem o Pacto de San José da Costa Rica. Além disso, o exame do ordenamento jurídico brasileiro e das normas interamericanas deve ter como guia o princípio *pro persona*, em que se deve aplicar ao caso concreto a norma mais benéfica, conforme o artigo 29, b da Convenção Americana.

No Brasil, os tratados internacionais de direitos humanos possuem status infraconstitucional e supralegal¹⁰⁶. Ainda, os direitos sindicais, dentre os quais a negociação coletiva, podem ser exigidos imediatamente. Nesse sentido,

¹⁰⁶ Conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 466.343.

destacamos que o Ministro Edson Fachin, em seu voto na ADPF 347, afirmou que não há motivos, de ordem técnica ou financeira, que justifiquem a prorrogação da aplicabilidade de tratados internacionais de direitos humanos. O Ministro ainda apontou que cumpre à cultura jurídica efetivar os compromissos assumidos pelo Brasil perante a comunidade internacional.

As normas interamericanas de direitos humanos apresentam um caminho para reverter a tendência vigente no país de precarizar as relações de trabalho. Combater o desmonte do potencial de melhoria das condições de trabalho permitido pela negociação coletiva é central para que esse importante instrumento não seja esvaziado. Cabe aos atores das instituições do sistema trabalhista o cumprimento de suas obrigações enquanto autoridades públicas, previstos na Convenção Americana, e atuar para aplicar e efetivar os direitos previstos nesse tratado e, dessa forma, fazer frente ao desmantelamento do Direito do Trabalho.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, V. (2009). "From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System", *Sur - International Journal on Human Rights*, N° 6, São Paulo.
- ANTOINE, R. M. B. (2015). "Constitutionalising Labour in the Inter-American System on Human Rights", *Research Handbook on Transnational Labour Law*, Adelle BLACKETT e Anne TREBILCOCK (eds.), 1ª edição, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.
- AZEVEDO NETO, P. T. (2021). *Controle de Convencionalidade em Matéria Trabalhista*, 1ª edição, Venturoli, Brasília.
- BELTRAMELLI NETO, S. e MARQUES, M. T. (2020). "Controle de Convencionalidade na Justiça do Trabalho Brasileira: Análise Jurisprudencial Quantitativa e Qualitativa", *Revista Opinião Jurídica*, vol. 18, N° 27, Fortaleza.
- CARVALHO, A. C. L. (2023). "Indivisibilidade e progressividade dos direitos humanos sob a perspectiva da Corte IDH", *Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos: resgate da primazia concorrente dos direitos sociais em perspectiva ética emancipatória*, Any Ávila ASSUNÇÃO e Augusto César Leite de CARVALHO (orgs.), 1ª edição, Venturoli, Brasília.
- COURTIS, C. (2008) "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Eduardo Ferrer MAC-GREGOR y Arturo Zaldívar Lelo de LARREA (eds.), UNAM-Marcial Pons IMDPC, México.
- DELGADO, M. G. e DELGADO, G. N. (2018). *A Reforma Trabalhista no Brasil - com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. 2ª edição, LTr, São Paulo.
- GARCÍA MUÑOZ, S. e KALIL, R. B. (2021). "Libertad sindical. Huelga. Perspectiva de género. Corte IDH. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género. Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021.

- Serie A No. 27”, *Revista Debates Sobre Derechos Humanos*, N° 5, José C. Paz.
- GUNTHER, L. E. e VILATORE, M. A. C. (2024). "O controle de convencionalidade e a negociação coletiva de trabalho", *Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*, Valerio MAZZUOLI e Platon Teixeira AZEVEDO NETO (orgs.), 1ª edição, Venturoli, Brasília.
- KALIL, R. B. e PUCHETA, M.L. (2024). "A Corte Interamericana de Direitos Humanos: um catalisador para as normas internacionais do trabalho", *Direito Internacional do Trabalho e Convenções da OIT*, Rúbia Zanotelli de ALVARENGA (org.), 1ª edição, Venturoli, Brasília.
- KALIL, R. B., PUCHETA, M. L. e BODDIE, M. (2023). "Right-Wing Populism and the Deconstruction of Labour Laws in the Americas: Old Wine into New Wineskins", *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 39, N° 1, Alphen aan den Rijn.
- KREIN, J. D. e COLOMBI, A. P. (2019). "A Reforma Trabalhista em Foco: Desconstrução da Proteção Social em Tempos de Neoliberalismo Autoritário", *Educação & Sociedade*, N° 40, Campinas.
- MAC-GREGOR, E. F. (2024). "Impact of the Inter-American Jurisprudence on Economic, Social, Cultural, and Environmental Rights", *The Impact of the Inter-American Human Rights System: Transformations on the Ground*, Armin VON BOGDANDY, Flávia PIOVESAN, Eduardo Ferrer MAC-GREGOR e Mariela Morales ANTONIAZZI (eds.), 1ª edição, Oxford University Press, Oxford.
- MAZZUOLI, V. e AZEVEDO NETO, P. T. (2024); "Noções Básicas para a Compreensão do Controle de Convencionalidade", *Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*, Valerio MAZZUOLI e Platon Teixeira AZEVEDO NETO (orgs.), 1ª edição, Venturoli, Brasília.
- MEDINA-QUIROGA, C. (1988). *The Battle of Human Rights. Gross, Systematic Violations and the Inter- American System*, 1ª edição, Martinus Nijhoff Publishers, London.
- MONTEJO, M. F. C. (2019). "Labor Human Rights and the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights", *Research Handbook on Labour*,

- Business and Human Rights Law*, Janice BELLACE e Beryl TER HAAR (eds.), 1ª edição, Edward Elgar Publishing, Cheltenham.
- MOSCOSO-BECERRA, G. (2019). "La Justiciabilidad Directa de los Derechos Laborales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Dikaion*, N° 28, Chía.
- PORTO, L. V., BELTRAMELLI NETO, S., e RIBEIRO, T. G. A. (2018). *Temas da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista): à luz das normas internacionais*, 1ª edição, Gráfica Movimento, Brasília.
- RIVAS, J. I. (2020). "La Justiciabilidad Directa de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales: Génesis de la Innovadora Jurisprudencia Interamericana", *Interamericanización de los DESCAs: El Caso Cuscul Pivara de la Corte IDH*, Mariela Morales ANTONIAZZI, Liliana RONCONI e Laura CLÉRICO (coords.), 1ª edição, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro.
- ROSSI, J. e ABRAMOVICH, V. (2004). "La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Claudia MARTÍN, Diego RODRÍGUEZ-PINZÓN e José Antonio GUEVARA (coords.), Fontamara-American University-Universidad Iberoamericana, México.
- SANTOS, R. V. A., MOREIRA, T. O. y DUARTE NETO, B. H. (2021) "Controle de Convencionalidade da Reforma Trabalhista pelos Magistrados de 1º Grau do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região." *INTER – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ*, vol. 4, N° 2, Rio de Janeiro.
- SILVA, E. R. B. e CORREIA, H. (2025). *Precedentes Vinculantes do STF na Área Trabalhista: Comentários às Decisões do STF em Controle de Constitucionalidade em Matéria Trabalhista*, 1ª edição, Juspodivm, Salvador.
- SILVA, S. P. (2018) "A Estratégia Argumentativa da Reforma Trabalhista no Brasil à Luz de Dados Internacionais", *Boletim Mercado de Trabalho*, N° 64, Brasília.
- VERA, O. P. (2018). "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la

Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo”, *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Eduardo Ferrer MAC-GREGOR, Mariela Morales ANTONIAZZI e Rogelio Flores PANTOJA (coords.), 1ª edición, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro.

VON BOGDANDY e URUEÑA, R. (2020). “International Transformative Constitutionalism in Latin America”, *The American Journal of International Law*, N° 114, Cambridge.

VON BOGDANDY, A., PIOVENSAN, F., MAC-GREGOR, E. F. e ANTONIAZZI, M. M. (2024). “Introduction”, *The Impact of the Inter-American Human Rights System: Transformations on the Ground*, Armin VON BOGDANDY, Flávia PIOVESAN, Eduardo Ferrer MAC-GREGOR e Mariela Morales ANTONIAZZI (eds.), 1ª edición, Oxford University Press, Oxford.

Recursos electrónicos

CORTE IDH (2022). Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos n. 22. Disponível em: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/adjunto/38939>.

KALIL, R. B. (2016). “Deforma Trabalhista.” *Jota*, São Paulo, 18 de outubro. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/deforma-trabalhista>.

MONTEJO, M. F. C. (2020). “Jurisprudencia laboral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. YouTube, 6 de maio. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=FVcrkHTEtZI>.

MORENO, R. J. (2024), “An Approach to the Basis of the Right to Freedom of Association According to the Inter-American Court of Human Rights”, *European Journal of Comparative Law and Governance*. Disponível em: <https://doi.org/10.1163/22134514-bja10081>.

OIT (2020). “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte A)”. Disponível em:

https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_norm/%40relconf/documents/meetingdocument/wcms_736217.pdf.

**REVISIÓN DE ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES PARA
COMBATIR EL ACOSO MORAL Y SEXUAL A PARTIR DEL
CONVENIO 190 DE LA OIT**

**REVIEW OF SOME RELEVANT ASPECTS TO COMBAT MORAL
AND SEXUAL HARASSMENT BASED ON ILO CONVENTION
190**

Jorge ROSENBAUM RIMOLO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (retirado), 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: 09/02/2025

Fecha de aceptación: 10/03/2025

REVISIÓN DE ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES PARA COMBATIR EL ACOSO MORAL Y SEXUAL A PARTIR DEL CONVENIO 190 DE LA OIT

Jorge ROSENBAUM RIMOLO

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Resumen: Con la sanción en 2019 del Convenio 190 y la Recomendación 206, la OIT procuró reconocer y garantizar el derecho de las personas que trabajan, a hacerlo en un marco libre de violencia y acoso. Las normas aprobadas, se caracterizan por presentar una vasta laxitud, abarcando a través de sus regulaciones, toda clase de comportamientos, conductas, actos o prácticas que representen formas de ejercer violencia y acoso, incluidas las basados en razones de género o de naturaleza sexual. Más aún, incorporan una noción genérica y amplia de violencia y acoso, con el fin de precaver riesgos no previstos, que puedan sobrevenir en función de la dinámica bajo las que evolucionan las particularidades de trabajo y de la tecnología. Objetivamente, se procura poner a cubierto los efectos lesivos que puedan producir daño físico, económico, sexual o psico social, admitiéndose que el origen del evento de violencia o acoso pueda derivar de la comisión reiterada de comportamientos o de un acto único, y hasta la mera existencia de un riesgo o amenaza potencial, aún sin concretarse una lesión efectiva. Subjetivamente, el alcance se extiende a los ámbitos tanto privado como público, no limitándose al lugar de trabajo, sino contemplando las ocurrencias que se verifiquen en el trayecto hacia o desde el mismo. Por otra parte, abarcan tanto a los trabajadores asalariados, como a todas las personas que se desempeñen laboralmente, cualquiera sea su situación contractual (pasantes, aprendices, voluntarios, quienes buscan trabajo o han sido despedidos) y también a los trabajadores informales. Se mandata a los Estados ratificantes del CIT 190 para que adopten una legislación específica, pero que además aporten medidas políticas eficaces de prevención, abordaje, sensibilización y contralor sobre la violencia y el acoso en el trabajo. A tal fin,

deben facilitar orientaciones, recursos, formación y herramientas adecuadas, tanto a trabajadores y empleadores, como a sus organizaciones. La adopción de estas normas internacionales, representa un reto trascendente, constituyendo un instrumento de avance necesario y conveniente para asegurar el trabajo decente y la justicia social.

Palabras clave: Violencia - Acoso moral - Género - Acoso sexual - Prevención

Sumario: 1. Señalamientos introductorios al tema. 2. Breve reseña sobre aspectos relevantes normados por el Convenio. 2.1. El concepto de violencia y acoso en el mundo del trabajo. 2.2. Los ámbitos de cobertura. 2.3. Mecanismos de protección, contralor de aplicación y garantías de orientación, formación y sensibilización. 3. Una reflexión conclusiva.

Abstract: With the enactment in 2019 of the Convention 190 and the Recommendation 206, the ILO sought to recognize and guarantee the right of people who work to do so in a framework free of violence and harassment. The approved norms are characterized by presenting a vast laxity, covering through their regulations, all kinds of behaviours, conducts, acts or practices that represent forms of violence and harassment, including those based on gender or sexual reasons. Moreover, they incorporate a generic and broad notion of violence and harassment, in order to prevent unforeseen risks, which may arise depending on the dynamics under which the particularities of work and technology evolve. Objectively, an attempt is made to cover the harmful effects that may cause physical, economic, sexual or psychosocial damage, admitting that the origin of the event of violence or harassment may derive from the repeated commission of behaviors or a single act, and even the mere existence of a potential risk or threat, even without an actual injury. Subjectively, the scope extends to both the private and public spheres, not limited to the workplace, but contemplating the occurrences that occur on the way to or from it. On the other hand, they cover both salaried workers and all people who work in the workplace, whatever their contractual situation (interns, apprentices, volunteers, those who

are looking for work or have been dismissed) and also informal workers. The States ratifying Convention 190 are mandated to adopt specific legislation, but also to adopt effective policy measures to prevent, address, raise awareness and control violence and harassment at work. To this objective, they should provide appropriate guidance, resources, training and tools to workers, employers and their organisations. The adoption of these international standards represents a major challenge, constituting a necessary and desirable instrument for progress to ensure decent work and social justice.

Keywords: Violence - Moral harassment - Gender - Sexual harassment - Prevention

Summary: 1. Introductory remarks on the subject. 2. Brief review of relevant aspects regulated by the Convention. 2.1. The concept of violence and harassment in the world of work. 2.2. The areas of coverage. 2.3. Protection mechanisms, enforcement control and guarantees of guidance, training and awareness-raising. 3. A concluding reflection.

1. Señalamientos introductorios al tema

Resulta especialmente destacable que fue en ocasión de celebrarse el Centenario, durante la Conferencia Internacional celebrada en junio de 2019, que la OIT aprobó en segunda discusión el Convenio Internacional del Trabajo (CIT) 190, una de las normas resaltables en los avances promotores del trabajo decente y la justicia social.

Asimismo, la norma fue complementada por la Recomendación Internacional del Trabajo (RIT) 206, conformándose de ese modo un marco normativo común a nivel de las fuentes internacionales para prevenir, remediar y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

Con sobrados fundamentos, es una realidad palpable que la discriminación, la violencia y el acoso constituyen los factores preponderantes que perpetúan las desigualdades en el mundo del trabajo.

Un primer señalamiento a destacar es que la norma aprobada constituye el primer tratado internacional que reconoce “el derecho de toda persona a un mundo laboral libre de violencia y acoso”.

Y lo hace con gran laxitud, incorporando también en este derecho, a la violencia y el acoso en razón de género, una cuestión de derechos humanos que por décadas ha venido centrando el combate contra las prácticas discriminatorias. Tema vinculado, sin duda alguna, a la desigual distribución del poder y a las relaciones asimétricas que se establecen entre mujeres y hombres, factores que -como se asevera- “perpetúan la desvalorización de lo femenino y su subordinación a lo masculino”¹. Lo que lleva a que algunos autores sostengan que la amplitud de estos contenidos estaría confirmando “que se requiere una revisión del tradicional concepto sobre acoso y violencia discriminatorio “de género” y, a su vez, que quizás debiera empezar a hablarse de una más omnicompreensiva violencia y acoso contra las mujeres y, especialmente, de la

¹ María Nieves Rico, *Violencia de género: un problema de derechos humanos*, UN-CEPAL, Unidad Mujer y Desarrollo, 1996.

violencia económica tradicionalmente ejercida contra ellas: la discriminación salarial, el techo de cristal y la barrera de acero”².

En segundo lugar, procede tener en cuenta que el punto de partida debatido por los expertos en la etapa preparatoria del proyecto sometido a la Conferencia Internacional, tomó en consideración varias aristas de este flagelo, entre las cuales se entiende que la violencia y el acoso laborales “afectan a las relaciones en el lugar de trabajo, al compromiso de los trabajadores, a la salud, a la productividad, a la calidad de los servicios públicos y privados, y a la reputación de las empresas”. Se agrega que también “tiene repercusiones en la participación en el mercado de trabajo y, en particular, puede impedir que las mujeres se incorporen al mercado de trabajo, especialmente en los sectores y trabajos dominados por los hombres, y [que] permanezcan en el mismo”. Por último, se advierte que “la violencia puede socavar la toma democrática de decisiones y el Estado de derecho”³.

En tercer término, subrayaremos que la materia reglada por el CIT trata de comportamientos, conductas y prácticas rechazables que se encuentran asentadas en todas las sociedades, sin excepción⁴. Como se expresa en un estudio elaborado para las Naciones Unidas, asistimos a “una forma virulenta de abuso y discriminación que no conoce de razas, clases sociales ni identidades nacionales”⁵.

² María Pons Carmena, Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190, Revista Labos, vol. 1, N° 2, Universidad Carlos III de Madrid, 2020, págs. 30 a 60.

³ OIT, Informe V (1) a la Conferencia Internacional del Trabajo, 107.ª reunión, 2018, “Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo”, Ginebra, Primera edición, 2017.

⁴ La CIDH ha podido verificar que “la violencia y la discriminación contra las mujeres todavía son hechos aceptados en las sociedades americanas, lo cual se refleja en la respuesta de funcionarios de la administración de la justicia hacia las mujeres víctimas de violencia y en el tratamiento de los casos. Existe asimismo la tendencia de observar los casos de violencia contra las mujeres como conflictos domésticos que deben ser resueltos sin la intervención del Estado” (Relatoría sobre los derechos de la Mujer, en <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap2.htm>).

⁵ Takyiwaa Manuh, “La violencia contra la mujer: Las estrategias que han funcionado para combatirla”, en Crónica de ONU.

Pero lo más grave es que estos fenómenos degradantes continúan proliferando, tal como lo evidencian no sólo los datos estadísticos⁶, sino principalmente el alcance público que ha cobrado la voz de muchas organizaciones que ocupan a diario los espacios en los medios de comunicación, las redes sociales y la movilización de los ciudadanos.

Asistimos a un verdadero problema dilemático que ha logrado visibilizarse, para algunos, por la exposición extremadamente mediática que, en algunos casos paradigmáticos, ha representado el manejo del tema. Una referencia extendida se relaciona con el caso *MeToo* en 2017, una campaña que conmocionó a todo Hollywood⁷. Proyección que, sin embargo, entendemos ha resultado positiva, desde que logra sensibilizar a la opinión pública, así como crear conciencia a nivel mundial.

En cuarto lugar, señalamos que si bien es escaso el tiempo transcurrido desde su aprobación (algo más de 5 años), parece preocupante que el CIT apenas haya recibido hasta la fecha, 47 ratificaciones entre los 187 Estados miembros de la OIT.

En América Latina, los países que ya han acogido la norma son: Argentina, Chile, Ecuador, El Salvador, México, Panamá, Perú y Uruguay. En el resto de América, sólo lo han recepcionado Antigua y Barbados, Bahamas, Bermuda y Canadá.

De Europa, los países ratificantes en los que ya está vigente la norma, han sido Alemania, Bélgica, España, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Noruega, Portugal, Reino Unido y San Marino.

Por lo tanto, muchos son los Estados relevantes, especialmente en población, como India, China, Rusia, Estados Unidos, Indonesia, Japón, los países de Medio Oriente y muchos otros, que aún no han concretado su ratificación.

⁶ A vía de ejemplo y tal como lo señala, ONU Mujeres, “en la actualidad existen datos disponibles sobre la incidencia de la violencia de pareja para, al menos, 161 países” (<https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures>).

⁷ Ver <https://whetu.org/metoo>. En importantes medios de prensa, se han formulado críticas de fondo, afirmándose, por ejemplo, que “el movimiento #MeToo carece de una evaluación realista de los hombres y las mujeres” (nota periodística de Kay S. Hymowitz en Los ángeles Times, 30 de abril de 2018, bajo el título: “Aunque no se den cuenta, el otro objetivo de las feministas del movimiento #MeToo es el ‘sexo, drogas y rock ‘n’ roll’”).

La quinta reflexión introductoria refiere al vastísimo elenco de propósitos que se persiguen con la norma sancionada y por ello, si se nos permite resumir el objetivo con una sola frase, invocaremos lo que señala el apartado 23, letra g) de la RIT: “fomentar lugares de trabajo seguros, salubres, armoniosos y libres de violencia y acoso”.

2. Breve reseña sobre aspectos relevantes normados por el Convenio

El texto del CIT 190 es conocido por los lectores y ha sido objeto de numerosos análisis jurídicos, existiendo una bibliografía muy vasta a nivel comparado, razón por la cual tan solo vamos a referirnos de modo muy sintético a tres de los aspectos que apreciamos como relevantes en la norma internacional y que fueron considerados en su discusión y elaboración.

2.1. El concepto de violencia y acoso en el mundo del trabajo

Un elemento de especial interés reside en la conceptualización introductoria que se incorpora con referencia a la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo.

Es necesario referir que, al proyectarse la norma, se plantearon numerosas dificultades técnicas y metodológicas, lo que se comprueba en los Informes nacionales previos, encaminados por los Estados Miembros que participaron en este proceso, así como en los documentos de la Comisión de Expertos⁸.

Un primer escollo reside en que ninguno de los Convenios de la OIT pre existentes que tratan o refieren al tema (que son varios, por cierto), ofrece una definición de estas conductas o comportamientos⁹.

⁸ Interesa destacar que el órgano especializado de la OIT produjo un análisis jurídico sistemático del tratamiento de la violencia y el acoso laborales en los marcos normativos nacionales de 80 países seleccionados.

⁹ Más específicamente, la Comisión de Expertos de la OIT da cuenta que “estos instrumentos no definen la violencia y el acoso, no proporcionan orientación sobre cómo abordar sus diversas

Y el segundo, es que tampoco existen una denominación común¹⁰, ni un concepto unívoco que sea utilizado en las legislaciones nacionales comparadas para regular la violencia y el acoso, al punto que, en muchos casos, se emplean como sinónimos términos que responden a actos que son diferenciables entre sí.

Por ello, con el fin de subsanar este problema, lo que se procuró técnicamente es incluir todos los tipos de violencia y acoso que acaecen en el mundo del trabajo, no abordados en otras normas internacionales o tratados de forma limitada y particular por las mismas (p. ej., “la violencia física relacionada con el trabajo, como las agresiones; la violencia psicológica, como el acoso laboral, la intimidación y el acoso en general; y la violencia sexual, como el acoso sexual”¹¹).

De allí que el CIT 190 y la RIT 206 sean normas lo suficientemente flexibles para, de ese modo, poder abordar las diferentes formas de violencia y de acoso. Pero más importante aún, es que se buscó dejar abierta la noción hacia el futuro, ante el previsible ingreso de nuevos riesgos y desafíos, como consecuencia de la evolución de las modalidades de trabajo y de la tecnología.

La expresión violencia y acoso a que refiere el CIT 190 designa *“un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos o prácticas, ya sea que se manifiesten de una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género”*.

Podemos apreciar que se trata, ante todo, de un concepto lo suficientemente genérico y amplio sobre violencia y acoso en el trabajo.

Pero también es más abarcador, porque -como ya comentamos- incorpora en el mismo a la violencia y acoso por razón de género e incluye también, al acoso sexual.

manifestaciones y abarcan en su ámbito de aplicación sólo a grupos específicos de trabajadores” (Informe, cit.).

¹⁰ Se cita una variedad de términos, tales como «acoso», «intimidación», «acoso moral», «violencia», «abuso», «maltrato».

¹¹ Informe, cit., párrafo 13.

En suma, parece claro que asistimos a:

1. Un enunciado con vocación unificadora y abierta, al punto que se admite que violencia y acoso puedan ser definidos indistintamente en cada legislación nacional, como un concepto único o como conceptos separados.

De allí que se apunte que las previsiones regladas por la norma, constituyen tan solo un mínimo referencial¹².

2. Comprende tanto actos de violencia o acoso concretos, como también la amenaza de concretarlos (lo que generalmente se traduce a través actos intimidatorios o amedrentadores)¹³.

3. Tales comportamientos pueden ser el resultado de varias prácticas o acciones que se reiteran en el tiempo, o también provenir simplemente de un único acto, de comisión instantánea.

En la conceptualización dada por la norma, se supera una antigua discusión en cuanto a entender que “el elemento reiteración es necesario para configurar la situación de acoso, aunque no es preciso establecer una frecuencia o duración determinada”¹⁴.

4. Su objeto ha de ser producir un daño, sea que el o los comportamientos lo causen efectivamente, o que resulten susceptibles de causarlo.

En este sentido, consideramos que lo que sobresale es la predominancia del elemento objetivo. Permítasenos parangonarlo con una categoría propia del derecho penal; me refiero a la figura de los denominados delitos de peligro. Recordemos que se trata de aquellos ilícitos que se consuman sin necesidad de que haya existido una lesión. Es decir, por la mera existencia de un riesgo, una probabilidad o potencialidad de que llegue a provocarse una lesión del bien jurídico tutelado.

¹² Manuel Velázquez Fernández., El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas, Revista de Trabajo y Seguridad Social, agosto-septiembre 2018, pág. 124.

¹³ A nivel psíquico, fruto de un sentimiento de amenaza, uno de los ejes de consecuencias que sufre el sujeto afectado es la ansiedad, por la la presencia de un miedo acentuado y continuo (Martínez, M.; Iruña, M.; Martínez, C.; Torres, M. Queipo; B., El acoso psicológico en el trabajo o mobbing: patología emergente, en Gaceta Internacional de Ciencias Forenses, abril-junio 2012, en <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/14443>).

¹⁴ Cristina Mangarelli, Acoso laboral. Concepto y protecciones, en revista de Derecho, Universidad de Montevideo, Vol. 5 Núm. 9, 2006, pág. 70.

Interpretamos que el CIT se encamina en la misma dirección. Basta con que se haya producido la posibilidad de causar un daño, sin necesidad que el daño se haya causado o provocado a través de un comportamiento intencionado¹⁵.

5. El daño puede ser físico, psicológico, sexual o económico.

Los esfuerzos por garantizar la protección de la salud y seguridad en el trabajo contemplan -además de los riesgos mecánicos, químicos, ergonómicos, ambientales, etc.- el surgimiento más reciente de factores psicosociales. Se trata, como sabemos, de condiciones presentes en las actividades laborales, que se relacionan con la organización del trabajo, el tipo de puesto, la realización de la tarea. Pero también pueden configurarse con relación al entorno y al clima laboral¹⁶.

Precisamente, es la presencia de conductas, comportamientos y prácticas que engendran situaciones de violencia y acoso, un importante factor que adquiere la virtualidad de causar riesgos psicosociales, es decir, de dañar gravemente la salud de los trabajadores, en lo físico, social o mental¹⁷. Por ello, además de los efectos económicos, el CIT 190 incorpora este tipo de daños como resultado de un contexto de violencia y acoso.

6. La norma internacional abarca (o engloba), como se adelantó, la violencia o el acoso por razón de género, es decir, comportamientos dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un determinado sexo o género.

En el art. 7, el CIT determina que todo Miembro deberá adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, preceptuando que ello debe hacerse “con inclusión de la violencia y el acoso por razón de género”.

¹⁵ Como señala María Pons Carmena, “no se menciona que estas conductas tengan que tener el propósito o efecto de atentar contra la dignidad de la persona, ni tampoco se menciona que la violencia y el acoso deban fundarse en causas discriminatorias para ser consideradas como tales” (Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo..., cit., pág. 38).

¹⁶ Pedro Gil-Monte, Riesgos psicosociales en el trabajo y salud ocupacional, en Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública, vol. 29, N° 22, Lima, junio de 2012.

¹⁷ Psic. Bernardo Moreno Jiménez, Factores y riesgos laborales psicosociales: conceptualización, historia y cambios actuales, en Medicina y Seguridad del Trabajo, vol. 57, Madrid, 2011 (ver en: <https://dx.doi.org/10.4321/S0465-546X2011000500002>).

7. Por último, el concepto también subsume al acoso sexual como uno de los comportamientos tutelables por el presente marco normativo.

Para la OIT, el acoso sexual constituye “una conducta no deseada de naturaleza sexual en el lugar de trabajo, que hace que la persona se sienta ofendida, humillada y/o intimidada”. Aún más específicamente, asistimos a un “comportamiento en función del sexo, de carácter desagradable y ofensivo para la persona que lo sufre. Para que se trate de acoso sexual es necesaria la confluencia de ambos aspectos negativos: no deseado y ofensivo”¹⁸.

Además de tratarse de una violación de los derechos humanos (dignidad, intimidad, libertad, honra, entre otros)¹⁹, se lo enfoca como un serio problema que afecta o puede afectar la salud y seguridad en el trabajo²⁰.

2.2. Los ámbitos de cobertura

En primer lugar, importa señalar cuál es el ámbito objetivo de delimitación de las protecciones encaminadas por la norma internacional. Expresamente se hace referencia tanto al sector privado como al público, así como al medio urbano o rural. De ese modo, se disipan las dudas respecto de actividades que, en el decurso histórico de desenvolvimiento del Derecho del trabajo, en muchos casos se mantenían fuera de su esfera de aplicación (funcionarios públicos y servidores del estado, trabajadores domésticos, trabajadores rurales, por citar algunos ejemplos del derecho comparado).

Por otra parte, en la terminología empleada, cuando se habla del mundo del trabajo, no se hace referencia tan solo al lugar de trabajo en la empresa, sino también a las ocurrencias que generan riesgo durante “el trayecto hacia y desde

¹⁸ OIT, “El hostigamiento o acoso sexual”, en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_227404.pdf.

¹⁹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Hostigamiento sexual y acoso sexual, 1ª. edición, México, 2017.

²⁰ OIT, cit. Puede consultarse más ampliamente la Recomendación General N° 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Naciones Unidas, 11er. Periodo de sesiones, 1992.

el trabajo, los eventos sociales relacionados con el trabajo y los espacios públicos”²¹.

En segundo término, el ámbito de comprensión subjetiva, no sólo apunta a los trabajadores asalariados, sino que su alcance es amplio y se dirige a quienes trabajen “cualquiera que sea su situación contractual”. Al respecto, la norma enumera situaciones específicas -en nuestra opinión, de forma imprecisa e incompleta-, como las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices; también a quienes están por fuera de un vínculo contractual, como los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo.

Estimamos que esta holgura conceptual permite proyectarse, asimismo, a personas expuestas o vulnerables, aun cuando en algunos casos estén contempladas en otras normas internacionales, tal como ocurre, por ejemplo, con las minorías étnicas o religiosas²² (que trabajan o buscan un trabajo), al igual que los migrantes²³, uno de los focos más sensibles en la realidad contemporánea.

De allí que el CIT ponga el acento en identificar por parte de los Estados ratificantes, haciéndolo en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, los sectores u ocupaciones y las modalidades de trabajo en los que los trabajadores y otras personas concernidas, están más expuestos a la violencia y el acoso, adoptando medidas de protección más eficaz en favor de tales personas (art. 8 letras b y c).

También hemos de recordar que, en los antecedentes de la formulación normativa, se sugiere que la tutela no se limite exclusivamente al ámbito de la economía formal, sino que se incluya, como finalmente lo hace el CIT, a quienes desempeñan tareas en calidad de informales. La norma expresamente enuncia algunas categorías, como los vendedores ambulantes, los trabajadores a domicilio, los trabajadores domésticos y los teletrabajadores. Interpretamos que

²¹ Propuestas que surgen del Informe preparatorio antes citado y que son concretadas en forma expresa en el art. 3 del CIT 190.

²² Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, Naciones Unidas, 11º período de sesiones, 1992.

²³ Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Naciones Unidas, 1990.

las referencias son meramente enunciativas ya que, de otro modo, quedarían fuera numerosos casos de trabajadores que forman parte de la llamada economía informal²⁴.

Concomitantemente, cabría preguntarse si a la luz de la realidad actual, y dado que no existe uniformidad respecto del encuadramiento de las plataformas (trabajo dependiente/trabajo autónomo), los prestadores de estos servicios (de delivery, de transporte de pasajeros, etc.), así como los auténticamente autónomos, ingresan en el haz tutelar de los derechos garantizados en el CIT.

En tercer lugar, y ya desde una perspectiva distinta, sabido es que la violencia y el acoso pueden manifestarse de forma horizontal y vertical, clasificación ésta que considera la posición jerárquica o de poder que ocupan el causante y la víctima.

De acuerdo con este criterio, se entiende que el acoso laboral horizontal es el que se verifica fundamentalmente entre compañeros de trabajo, ámbito en el cual ambas partes se encuentran en un mismo o similar nivel jerárquico.

En cambio, el vertical admite al menos, dos variantes. La primera, de carácter ascendente, en la que quien acosa, ocupa un nivel jerárquico inferior al que tiene la víctima (como ocurre en el caso de un jefe que es blanco de violencia o acoso por parte de uno o varios subordinados). La segunda, que es más corriente, asume un carácter descendente, ya que el acosador detenta una posición y poder jerárquico superior al de la víctima (o sea, el caso inverso, del jefe que acosa a un subordinado)²⁵.

Concomitantemente, estos comportamientos pueden provenir, además de las mencionadas fuentes internas, de sujetos externos (como clientes, proveedores, usuarios, pacientes²⁶ y las propias autoridades públicas).

²⁴ Se entiende que forman parte del sector informal de la economía «todas las actividades económicas realizadas por los trabajadores y unidades económicas que no están cubiertos o que están insuficientemente cubiertos -en la legislación o en la práctica- por acuerdos formales» (Organización Internacional de Empleadores, La Economía Informal: Un Enfoque de los Empleadores, junio 2021).

²⁵ Según datos aportados en España por la Psic. Andrea Trujillo Estada, “la modalidad más frecuente es la descendente o vertical -del jefe al subordinado- (46,73%), seguida del acoso mixto -que combina la horizontal entre compañeros del mismo nivel con la vertical- (23,56%). La más inusual es el acoso ascendente -del subordinado al jefe- (9,01%)” (citado en <https://cuidateplus.marca.com/salud-laboral/2022/10/27/identificar-acoso-laboral-claves-actuar-180106.html>).

²⁶ RIT 206, núm. 8, letra b).

En nuestra opinión, concluimos que el panorama actual es revelador de que se está recorriendo un camino gradual de alcance expansivo, que incluso encuentra un correlato antecedente en previsiones de otros CIT (como el 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación) o en la RIT 2000 (sobre el VIH y el sida en el mundo del trabajo), por citar algunos ejemplos.

2.3. Mecanismos de protección, contralor de aplicación y garantías de orientación, formación y sensibilización

Como lo pregona la OIT, los países que ratifiquen el CIT 190 deben legislar²⁷ y adoptar medidas políticas eficaces para prevenir y abordar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Por ello, se considera que la aprobación del Convenio constituye un paso trascendente para lograr un futuro del trabajo basado en la dignidad y el respeto para todos por igual.

Los mecanismos de tutela instaurados contemplan el accionamiento de los empleadores, a quienes se les impone el deber de adoptar medidas apropiadas y acordes con su grado de control, para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos la violencia y el acoso por razón de género.

Enunciativamente, se recomienda que, en consulta con los trabajadores y sus representantes:

- a) promuevan políticas concretas sobre la materia en los centros de trabajo;
- b) tomen en cuenta la violencia y el acoso, así como los daños psicosociales que se causan, para gestionar la seguridad y salud en el trabajo;
- c) identifiquen, prevengan y controlen los riesgos de violencia y acoso;
- d) informen y capaciten sobre los medios de protección contra la violencia y el acoso²⁸.

²⁷ Debe agregarse que el art. 12 de la norma internacional promueve la inclusión de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo como tema que no sólo debe ser tratado a través de la legislación nacional, sino también por los convenios colectivos u otras medidas acordes con la práctica de cada país.

²⁸ Art. 9 del CIT 190.

Complementariamente, el CIT recalca la importancia que asume la función de las autoridades públicas en el caso de la economía informal (art. 8 letra a).

En cuanto a la aplicación y contralor de las políticas de tutela, se encomienda a los Estados Miembros que:

- a) garanticen el acceso a vías de recurso y reparación apropiadas y eficaces;
- b) aseguren la existencia de mecanismos y procedimientos de notificación y de solución de conflictos en los casos de violencia y acoso, los que deberían ser seguros, equitativos y eficaces;
- c) se prevean sanciones para combatir estos comportamientos;
- d) se garantice que la inspección del trabajo y otras autoridades pertinentes, estén facultadas para actuar en caso de violencia y acoso.

Y más específicamente, se pone el acento tanto en las víctimas de violencia y acoso por razón de género, como en la violencia doméstica, debiéndose procurar que todo trabajador tenga el derecho de alejarse de una situación de trabajo, sin sufrir represalias, cuando medien motivos razonables para considerar que se corre un peligro grave e inminente para su vida, su salud o su seguridad.

Por último, la norma internacional procura garantizar una aplicación eficaz de protecciones en la materia, impulsando su adecuado contralor.

Con ese fin, se prioriza que la violencia y el acoso laboral sean abordados como ejes de acción en las políticas nacionales relativas a la seguridad y salud en el trabajo, a la igualdad, a la no discriminación y a la migración

Pero además, los Estados deben facilitar orientaciones, recursos, formación y herramientas adecuadas, tanto a trabajadores y empleadores, como a sus organizaciones, así como a las autoridades que deben entender y actuar en la materia.

Y, por último, se subraya la importancia de promover campañas de sensibilización.

En este sentido, si bien se trata de un ámbito diferente y más amplio, queremos mencionar brevemente una experiencia que está estrechamente conectada con los propósitos perseguidos por el CIT 190, en especial por el

impacto que representan la violencia y el acoso laboral respecto de las personas concernidas.

Nos referimos al papel de la *Iniciativa Spotlight*, que es el resultado de una alianza entre la Unión Europea y las Naciones Unidas para eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas en el mundo.

A su respecto resulta elocuente el siguiente señalamiento:

El mundo del trabajo tiene un rol clave en la prevención y erradicación de la violencia de género y por ello OIT forma parte de la Iniciativa. El trabajo es el lugar por excelencia para formar a las/los trabajadoras/es sobre sus derechos, eliminar las expresiones tóxicas de las masculinidades y los estereotipos de género, prevenir la violencia y crear un nexo entre las víctimas y los servicios de salud y apoyo en la comunidad. Independientemente de que la violencia de género tenga lugar dentro o fuera del lugar de trabajo, la misma tiene un efecto sobre el trabajo, y los distintos interlocutores presentes en el ámbito laboral (gobierno, empleadores y trabajadores) están llamados a combatirlo²⁹.

3. Una breve reflexión conclusiva

Reconocemos que mucho se está haciendo y sin duda, mucho más queda por hacer, de forma que no se banalicen los objetivos propuestos, tanto a nivel internacional, como en las realidades nacionales de los países del globo.

En nuestros espacios de actuación profesional y docente, y fundamentalmente en nuestra condición de académicos, tenemos la responsabilidad de ser creativos y contribuir con más conocimientos, enfoques e ideas con el fin de que se generen herramientas apropiadas y eficaces para erradicar este flagelo que se perpetúa a lo largo y ancho del mundo del trabajo.

Recordemos que, para vivir con dignidad, toda persona debe tener el derecho a un ambiente de trabajo libre de violencia y acoso. Y este designio no puede quedar en un mero enunciado declamatorio, lo que nos obliga a adoptar una postura pro activa y coadyuvar con nuestro mejor aporte en el proceso de

²⁹ Véase https://www.ilo.org/global/topics/working-conditions-2/WCMS_747855/lang-es/index.htm.

combate contra todas las formas de violencia y acoso en el trabajo, en el sentido más amplio de la expresión.

Bibliografía

- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (2017). *Hostigamiento sexual y acoso sexual*, 1ª. edición, México.
- GIL-MONTE, P. (2012). “Riesgos psicosociales en el trabajo y salud ocupacional”, *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, vol. 29, N° 22, Lima.
- MANGARELLI, C. (2006). “Acoso laboral. Concepto y protecciones”, *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, Vol. 5 Núm. 9.
- NIEVES RICO, M. (1996). *Violencia de género: un problema de derechos humanos*, UN-CEPAL, Unidad Mujer y Desarrollo.
- OIT (2017). *Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*, OIT, Ginebra, Primera edición.
- PONS CARMENA, M. (2020). “Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190”, *Revista Labos*, vol. 1, N° 2, Universidad Carlos III de Madrid.
- VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. (2018). “El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, agosto-septiembre.

Recursos electrónicos

- MANUH, T. (2010). “La violencia contra la mujer: Las estrategias que han funcionado para combatirla”, Crónica de ONU. Disponible en <https://www.un.org/es/chronicle/article/la-violencia-contra-la-mujer-las-estrategias-que-han-funcionado-para-combatirla>.
- MARTÍNEZ, M., IRURTIA, M., MARTÍNEZ, C., TORRES, M. y QUEIPO; B. (2012). “El acoso psicológico en el trabajo o mobbing: patología emergente”, *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, abril-junio. Disponible en <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/14443>.
- MORENO JIMÉNEZ, B. (2011). “Factores y riesgos laborales psicosociales: conceptualización, historia y cambios actuales”, *Medicina y Seguridad del*

Trabajo, vol. 57, Madrid. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4321/S0465-546X2011000500002>.

EL CONFLICTO LABORAL EN LAS LEGISLACIONES DE MÉXICO Y URUGUAY EN EL SIGLO XXI

LABOR CONFLICT IN THE LEGISLATION OF MEXICO AND URUGUAY IN THE 21ST CENTURY

Federico DAVEREDE ÁLVAREZ

*Director Nacional del Trabajo 2020-2025 (Uruguay). Especialista en Mediación y Negociación.
Maestría en Negociación y Mediación, Instituto de Mediación de México (México).*

fdaverede@gmail.com

Gabriela GÓMEZ AUDIFFRED

*Mediadora Conciliadora Público Municipal del Estado de México y catedrática de la
Universidad Anáhuac Norte (México).*

gabriela.gomezau@anahuac.mx

Fecha de envío: 21/11/2024

Fecha de aceptación: 10/02/2025

EL CONFLICTO LABORAL EN LAS LEGISLACIONES DE MÉXICO Y URUGUAY EN EL SIGLO XXI

Federico DAVEREDE ÁLVAREZ

Instituto de Mediación de México (México)

Gabriela GÓMEZ AUDIFFRED

Universidad Anáhuac Norte (México)

Resumen: Este documento analiza la evolución de las relaciones laborales y la gestión de conflictos laborales en México y Uruguay, con énfasis en las reformas laborales del siglo XXI. En el caso de México, se exploran antecedentes históricos; la Constitución de 1917 y su artículo 123, el impacto del corporativismo en las relaciones laborales y las reformas estructurales, destacando la de 2019, que introduce un nuevo sistema de justicia laboral basado en una instancia de conciliación previa y obligatoria antes de los juicios laborales ante tribunales judiciales en materia laboral. También se examinan los retos y avances hacia la democracia sindical y la negociación colectiva, impulsados por los compromisos internacionales de México con la OIT, y los derivados de la firma del T-MEC y el TTP.

El análisis detalla cómo estas reformas buscan profesionalizar los procesos de resolución de conflictos laborales, promoviendo estándares de competencia y formación especializada para los conciliadores laborales.

Palabras clave: Conflicto laboral - Conciliación Laboral - Relaciones laborales - Sindicatos - Negociación colectiva

Sumario: 1. Introducción. 2. Contexto histórico del conflicto laboral en México. 2.1. Precusores del socialismo mexicano y derechos laborales. 2.2. Derechos laborales durante el Porfiriato. 2.3. Revolución Mexicana y Constitución de 1917.

3. Corporativismo y su impacto en las relaciones laborales. 3.1. Origen del corporativismo mexicano. 4. Relaciones laborales en el siglo XXI. 4.1 Reforma laboral de 2019. 4.1.1. Nuevo sistema de justicia laboral en México. 4.1.2 El sistema de solución de conflictos individuales. 4.1.3. Negociación Colectiva y libertad sindical. 5. Conclusiones.

Abstract: This document analyzes the evolution of labor relations and conflict management in Mexico and Uruguay, with a focus on labor reforms in the 21st century. In Mexico's case, it explores historical antecedents from the 1917 Constitution, the impact of corporatism, and structural reforms, highlighting the 2019 reform, which introduces a new labor justice system based on mandatory pre-trial conciliation and specialized courts. It also examines the challenges and advancements towards union democracy and collective bargaining, driven by international commitments such as the ILO, USMCA and TPP.

The analysis details how these reforms aim to professionalize labor conflict resolution processes by promoting competency standards and specialized training for conciliators.

Keywords: Labor conflict - Conciliation - Labor relations - Unions - Collective contracts

Summary: 1. Introduction. 2. Historical context of labor conflicts in Mexico. 2.1. Precursors of Mexican socialism and labor rights. 2.2. Labor rights during the Porfiriato. 2.3. Mexican Revolution and the Constitution of 1917. 3. Corporatism and its impact on labor relations. 3.1. Origins of Mexican corporatism. 4. Labor relations in the 21st century. 4.1. Labor reform of 2019. 4.1.1. New labor justice system in Mexico. 4.1.2. The system for resolving individual conflicts. 4.1.3. Collective bargaining and union freedom. 5. Conclusión.

1. Introducción

México ha puesto en marcha una ambiciosa reforma laboral de gran espectro. Luego de la reforma constitucional de 1917 ésta sea seguramente la que más impacto generará en el mundo de las relaciones laborales.

Al influjo de la normativa internacional y los compromisos comerciales que México asumió sobre todo con la revisión y firma del T-MEC, se procedió a la actualización y modificación de la normativa a efectos de acompañarla con los convenios internacionales y los compromisos asumidos con la firma de tratados entre países.

La reforma viene a cambiar el sistema de justicia laboral, abarcando tanto el mundo de los conflictos individuales como los colectivos. Para eso se crearon los Centros Federales de Conciliación y Registros Laborales como entidad paraestatal y con ellos los Centros de Conciliación, sustituyendo así las Juntas de Conciliación y Arbitraje.

Ha transitado el camino de una justicia laboral enteramente administrativa a delegarle al Poder Judicial los procesos de conflictos individuales excepto la conciliación previa que queda en sede administrativa. Se destaca en este punto el fuerte énfasis en la formación de los conciliadores donde se generaron estándares de competencia tal cual se desarrollará más adelante.

En cuanto a las relaciones laborales colectivas se avanzó sobre los contratos colectivos, los certificados de representatividad, los requisitos de las personerías jurídicas, la forma de elección de los representantes de las organizaciones, etc.

Este artículo no pretende ser un trabajo comparativo entre los modelos de México y Uruguay, sino que el foco estará en la reforma laboral mexicana y sucintamente mencionaremos el modelo uruguayo en algunos aspectos que consideramos de importancia. Tampoco es un artículo acabado sobre la reforma laboral mexicana sino tan solo una aproximación a algunos de los aspectos relevantes de la misma.

2. Contexto histórico de las relaciones laborales

2.1. Precursores del socialismo mexicano y los derechos laborales

Desde 1878 se formó el Partido Socialista con los primeros marxistas mexicanos Santiago Villanueva y Francisco Zalacosta cuando los movimientos obreros fueron reprimidos por el régimen de Porfirio Díaz.

Veinticinco años después, en 1911, surge el movimiento anarquista de Ricardo Flores Magón y los movimientos obreros liderados por Pablo Zierold, que forman el Partido Obrero Socialista. En este momento, existe totalmente definida la conciencia de clases del sector obrero y la meta del comunismo. Entre 1919 año en que oficialmente se crea el Partido Comunista Mexicano, y 1929, a pesar de la difusión comunista en el Diario *El Machete* (1924), «... la búsqueda de los obreros e intelectuales marxistas, no lograron la materialización de un partido que expresara los intereses económicos y políticos de la clase obrera, debido, a los conflictos internos de la misma clase cuya debilidad orgánica e inmadurez teórica le impedían darse una organización política propia, capacitada para resistir los embates del capital...» explica Martínez Verdugo (Bernstein, 1955)¹.

Sin embargo, para Harry Bernstein en su artículo *El marxismo en México, 1917-1925*, también existieron personajes y naciones cuyas intenciones en que el movimiento bolchevique se infiltrara en México, con fines de expansión hacia latino américa, provocaron el rompimiento entre los comunistas marxistas y los socialistas mexicanos que surgieron a partir de la Revolución mexicana.

Independientemente de las causas, comienza en esta etapa, una separación entre el comunismo y las izquierdas de corte socialista en México, el Partido Comunista pierde su registro sin que a la fecha lo pueda obtener. Sin embargo, actualmente sigue existiendo como agrupación política.

Con esto podemos concluir como lo hace Harry Bernstein, que el socialismo mexicano emanado de la revolución mexicana, «adquirió una vitalidad, originalidad y una serie de objetivos propios [...] con un vocabulario que

¹ Bernstein, Harry. 1958. "Marxismo en México, 1917-1925". *Historia mexicana* 7 (4): 497-516. <https://historiamexicana.colmex.mx/index.php/RHM/article/view/731>.

tuvo más eco patrio que los slogans provenientes de Rusia y China [...] El marxismo en México tuvo sus líderes, sin duda, pero en cambio muy pocos secuaces». (Bernstein, 1955)².

2.2. Los derechos laborales durante el porfiriato

La Constitución liberal de 1857 establecía en su artículo 5 la libertad de trabajo y la prohibición del trabajo forzado. Las reformas que tuvo dicho artículo fueron con motivo de las leyes de Reforma en 1873 y en 1898 por debates en torno a la libertad de trabajo, pero no por regulaciones a las prácticas y derechos laborales como hoy los entendemos.

Entre las principales causas del final del porfiriato fueron la represión a las huelgas y las alteraciones en la clase media debido a que el régimen fue víctima de sus logros porque el desarrollo económico no llegó a todos por igual y se hicieron más agudas las diferencias de clases.

Las huelgas de Cananea, Sonora y Río Blanco, Veracruz, son ejemplos no sólo del desinterés por las clases proletarias en el desarrollo económico del país durante el porfiriato, sino de la debilidad e impotencia del régimen al responder a la agitación laboral del país en 1906, llamado el año de las huelgas (Garner, 2001)³.

2.3. La Revolución Mexicana y la Constitución de 1917

La Revolución mexicana como el movimiento social iniciado por Francisco I. Madero es considerado un mosaico de revoluciones no solo por los distintos intereses de los actores sino por los regionalismos propios del país.

Si bien, el maderismo buscó la democracia del país, resultó que, en su proyecto, Madero no consideró las demandas y necesidades laborales mejorando las condiciones de los trabajadores o restituyendo a los campesinos

² Bernstein, Harry. 1958. "Marxismo en México, 1917-1925". *Historia mexicana* 7 (4): 497-516. <https://historiamexicana.colmex.mx/index.php/RHM/article/view/731>.

³ Garner, Paul. 2001. *Porfirio Díaz. Del héroe al dictador, una biografía política*, 205, 206 y 267, Planeta.

de las tierras, tampoco consideró la idea de fomentar una responsabilidad personal de los ciudadanos y dejar el paternalismo autoritario.

En la región de los estados de Durango y Chihuahua los trabajadores y los indígenas eran explotados y esclavizados. Los yaquis y apaches fueron segregados y entraron en guerra con el régimen del porfiriato. El movimiento de Francisco Villa logró poner en primer lugar al grupo que siempre fue rechazado durante todo el porfiriato: los pobres, lograron que sus exigencias sociales se plasmaran en la Constitución de 1917.

En el proyecto de reformas a la Constitución, durante la presidencia de Venustiano Carranza, se pensó dar facultades al Congreso de la Unión para que pudiera legislar la materia laboral y así dar entrada a las demandas de los obreros que se unieron a la causa revolucionaria en 1915 y, en su discurso, el presidente el 1 de diciembre de 1916, se limitó solo a establecer las bases de lo que debería integrar la futura legislación laboral en los siguientes términos: «se implantarán todas las instituciones del progreso social en favor de la clase obrera y de todos los trabajadores: con la limitación del número de horas y del trabajo, [...] con las responsabilidades de los empresarios para los casos de accidentes; con los seguros para los casos de enfermedad y de vejez; con la fijación del salario mínimo bastante para subvenir a las necesidades primordiales del individuo y de la familia, y para asegurar y mejorar su situación...» (Marván, 2005)⁴. Como se observa, no se abordaban los derechos colectivos de los trabajadores a la asociación y huelga, lo que generó la insatisfacción y abrió el camino para introducir en la nueva Constitución los derechos individuales y colectivos, su tutela por el Estado y la regulación de las relaciones entre el trabajo y el capital.

En las sesiones del Congreso del 26 al 28 de diciembre de 1916 y con la participación de diputados laboristas con fuentes internacionales provenientes de los avances en las legislaciones sociales de los principales países industrializados del momento, los constituyentes mexicanos tuvieron el mérito de

⁴ Marván Laborde, Ignacio. (2010). "El constituyente de 1917: rupturas y continuidades" en México: Un Siglo de Historia Constitucional (1808-1917). Coord. Cecilia Noriega y Alicia Salmerón. Poder Judicial de la Federación e Instituto Mora. 353-394.

ser los primeros en elevar los derechos de los trabajadores a rango constitucional en el mundo.

Se definió a nivel constitucional en el artículo 123, el concepto de trabajo; contrato laboral; la obligación de los patrones de dar protección a los trabajadores; la concepción de las juntas de conciliación y arbitraje, no como tribunales jurisdiccionales, sino como instancias en las que, con la participación de representantes del gobierno local, de los trabajadores y de los patrones, se fijarían los salarios y se resolverían los conflictos obrero-patronales; la noción del reparto de excedentes de capital; el reconocimiento de la huelga como un derecho social y económico para el equilibrio entre los factores de la producción y, finalmente, el derecho de asociación y la contratación colectiva.

3. El corporativismo y su impacto en las relaciones laborales en México

Resulta muy complicado comprender, si se carece de la revisión del contexto político mexicano del siglo XX, las razones por las que la reforma laboral de 2019 haya tardado tanto tiempo en verificarse en ese país. Por lo anterior, consideramos importante revisar la herramienta política fundamental de la estructura del Estado mexicano revolucionario, el corporativismo, que como lo veremos, marcó el proteccionismo y el paternalismo del gobierno hacia el sector obrero mexicano, el cual, se convirtió en uno de los motores vivos del discurso revolucionario.

Es una herramienta política organizacional de tipo vertical definida por, Philippe Schmitter, en la década de los setenta del siglo XX (Audelo, 2005)⁵ como el sistema de representación de intereses en el marco del cual los actores son organizados en un número limitado de categorías funcionales, obligatorias, disciplinadas, jerarquizadas y al margen de toda competencia. El Estado las reconoce, acepta e incluso las crea y tiene el beneficio del monopolio de la representación en la medida en que logran a cambio controlar la selección de

⁵ Audelio, Cruz, Jorge Mario (2005). Sobre el concepto de corporativismo: una revisión en el contexto político mexicano actual. Investigaciones jurídicas, UNAM. Recuperado de <https://repositorio.unam.mx/contenidos/5011168>.

sus dirigentes, el tipo de demandas que se expresan y el apoyo que reciben por los gobiernos, lo que permite un cierto control en el planteamiento y negociación de las demandas de los grupos obreros.

En términos generales se ha pensado que existen dos tipos de corporativismo, el estatal y el social. El estatal tiene como objetivo entonces organizar las demandas laborales. Si bien existen confederaciones de trabajadores, éstas pueden no ser las más fuertes como para erigirse como mediadores entre los trabajadores y el Estado.

En México, el Estado mismo por vía autoritaria institucionalizó los derechos populares a partir de la constitución de 1917 y estimuló la creación de organizaciones sindicales, campesinas e incluso patronales y las incorporó al sistema político que controló por medio de un partido dominante a partir de la creación del Partido Nacional de la Revolución (PNR), posteriormente llamado Partido Revolucionario Institucional (PRI). Por lo tanto, el corporativismo ha sido una herramienta política válida de organización vertical en el Estado mexicano.

En 1915 con la Casa Mundial del Obrero, en 1918 la CROM y en 1921 la Confederación General de Trabajadores, en 1933 la Confederación General de Obreros y Campesinos, el Estado se legitimó a través de las bases organizadas.

A partir de las iniciativas del presidente, Lázaro Cárdenas, varios sindicatos gremiales petroleros, electricistas, ferrocarrileros, mineros, fueron unidos en una sola Confederación Nacional de Defensa Proletaria y en 1936 la Confederación de Trabajadores Mexicanos (CTM). En este sentido uno de los principales intereses de Cárdenas fue cumplir las demandas sociales, pero de manera organizada y según las reglas que ponía el Estado.

También, el presidente, estaba convencido de que el éxito del gobierno estaba en la unificación de los trabajadores en el “factor colectivo” y en ese sentido, el corporativismo tiene una doble función, asegurar la gobernabilidad y la estabilidad política. Era más práctico pactar con un solo representante la clase obrera.

Lo anterior es reflejo de la falta de ciudadanos que pudieran negociar directamente con el poder. El analfabetismo, la falta de caminos, falta de conciencia de Nación y falta de habilidades para el diálogo en conjunto con un

histórico paternalismo, provocaron ciudadanos que no pueden negociar directamente con el gobierno, pero tienen exigencias. Es más sencillo unirse para hacerse oír y por eso surgen los sindicatos y las confederaciones patronales. El gobierno, influido por esos años, (década de los 30) por las ideas de “Partido único” en Europa, consideró que atendiendo a las corporaciones sería más sencillo cumplir el programa de la Revolución.

3.1. Origen del corporativismo mexicano

El primer corporativismo en estas tierras fue el novohispano porque su sociedad no era de individuos, sino de estamentos: Iglesia, clero, comerciantes, indígenas y ejército, todos negociando el poder con la corona. El individuo no contaba políticamente sino en función de la corporación a la que pertenecía. Este orden se rompió en el siglo XIX con la iniciativa modernizadora de la Reforma por las ideas del individualismo en el que ahora, lo importante es el individuo. Al acabar con los fueros de la iglesia, los comerciantes, el ejército, los comerciantes e indígenas se buscaba la modernización del país bajo las ideas del liberalismo e individualismo en el que se debía buscar la igualdad ante la ley de todas las personas eliminándose los privilegios. Pero no lo logró, unos más y otros menos, pero todos conservaron sus antiguos privilegios durante los siguientes años y en la época del porfiriato.

El corporativismo mexicano del siglo XX, tiene una fecha muy clara de nacimiento con Venustiano Carranza en 1915 con la Ley Agraria, la Casa del Obrero Mundial. En ese año, Carranza y Obregón firmaron un pacto con la Casa del Obrero Mundial: a cambio de apoyarlos en la guerra contra Pancho Villa, Carranza les daría varias recompensas, una de ellas incluir sus exigencias en la futura Constitución y en ese mismo año promulgó una Ley Agraria para favorecer a los campesinos y que dejaran de ser aliados de Emiliano Zapata. En ese pacto moderno o revolucionario, en el que el Estado y las organizaciones obreras y campesinas se ayudaron mutuamente para realizar las transformaciones necesarias del país.

Pero ese pacto se rompió desde el principio: Carranza no cumplió con su promesa y se reprimió la primera gran huelga de 1916 pero mantuvo el control de los obreros, y más cuando en 1918 surgió la primera Gran Central de Trabajadores: La CROM.

Gobierno y corporaciones se necesitan CTM, Cámara Nacional de la Industria de la Transformación CANACINTRA, Iglesia, los universitarios, ejército, todos alrededor del gobierno para apoyarlo, pero también para exigirle y, el gobierno, aprovechando que no hay una sociedad participativa, comienza a hacer muchas cosas que nadie más puede hacer: educación, trabajo, salud, cultura. Lo que hay entonces, es una alianza histórica que además se plegó al Estado cuando todos los líderes de obreros y campesinos se plegaron totalmente a lo que ordenaran los presidentes.

Durante el cardenismo el papel del Estado en la relaciones obrero-patronales no solo es un mediador, es el organizador, el que pone las reglas del juego. Se impulsó la organización cooperativista en la república y se trabajó para la conquista de las fuentes de riqueza a los trabajadores y de los instrumentos productivos que es el ideal de la doctrina socialista de la Revolución.

Es decir, por medio de la organización laboral y las leyes, el Estado representará tanto a ese sector social como el progreso nacional para alcanzar su reivindicación económica. El objetivo era por medio de una serie de medidas propias y sucesivas elevar la capacidad de consumo de las grandes masas trabajadoras y con ellos el incremento de la demanda y de la producción nacionales. Por esta razón el Estado tutela a la clase trabajadora para equilibrar los factores de la producción, trabajo y capital.

No importaba el ramo industrial, las demandas de los trabajadores eran iguales. Organizadamente podían tener mejor resultado. Mediante el respeto a las instituciones de Derecho laboral: Huelga, paro, contrato ley y contrato colectivo de trabajo.

Sin embargo, dada la fuerza que pueden adquirir estas organizaciones, que sirven al Estado, pueden crear desequilibrios en los que el gobierno tiene que atender primero sus demandas (justas o no) antes que enfocar los esfuerzos en lo que puede ser prioritario.

Todas estas organizaciones fueron la base del Partido de la Revolución Mexicana (PRM, después PRI). A diferencia de otros países en donde la sociedad presionó para lograr esa organización, aquí se impuso desde el gobierno.

El nuevo partido se hace de las masas y se constituye en cuatro sectores:

- 1) el obrero representado básicamente por la C.T.M.;
- 2) campesino representado por la C.N.C.;
- 3) popular que además de reunir a diversas organizaciones de este tipo daba cobijo a los políticos que carecían de base social y;
- 4) militar, que pretendía ejercer alguna forma de control partidista sobre el ejército.

Este gran pacto le dio solidez a México desde 1940 y hasta 1982, cuando la crisis económica tambaleó al modelo, pero no lo destruyó.

Rolando Cordera Campa señala que Miguel Alemán, buscando el desarrollo económico, «archivó los ideales revolucionarios y las democracias funcionales de Cárdenas, e impulsó la industrialización y de manera desfachatada, los negocios privados [...] ofreciendo a cambio un sector público dispuesto a apoyar la formación de capital y un gobierno más que dispuesto a controlar las nuevas masas urbanas que directa e indirectamente servían a la modernización industrial (Cordera 2002)⁶.

Mientras el Estado contara con los obreros y campesinos, tendría los votos para sostenerse en el poder y negociando con los demás podría mantener su poder.

De la Madrid, Salinas y Zedillo no buscaron terminar con el corporativismo sino adecuarlo al nuevo mundo neoliberal, pero sin salarios “aceptables” mantener el apoyo de obreros y campesinos era muy difícil.

4. Las relaciones laborales en el SXXI

⁶ Cordera, Rolando. 2002. «Los pasos del corporativismo en México.» *Nexos*.

Como quedó señalado en los párrafos anteriores, el Estado mexicano pudo remontar la crisis de 1958, primero reprimiendo y luego subiendo los salarios. Entre 1982 y el 2000, ni uno ni otro eran alternativas posibles, el Estado estaba quebrado y no podía controlar a los obreros a palos, lo único que quedó, fue que el PRI perdiera la presidencia.

Pero el corporativismo allí siguió, hay que ver a sus líderes de finales de los 90 y lo que va del siglo XXI, Fidel Velázquez, Martín Esparsa, Romero Deschamps, Elba Esther Gordillo y otros más.

El corporativismo ayudó mucho a desarrollar a México, pero sirvió también para cancelar cualquier oportunidad democrática porque no hay espacios para la opinión individual, todo mundo marcha al son que le toque el líder sindical, el de la confederación o el del presidente.

A partir del reconocimiento internacional de los gobiernos posteriores a la Revolución, el Estado mexicano, ratificó varios Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como fueron el *CO87 sobre la libertad sindical y el derecho a la sindicación* de 1948, el *CO98 de la OIT relativo a la aplicación de los principios de sindicación y de negociación colectiva* de 1949. Posteriormente con la firma del Tratado de Libre Comercio entre México-Estados Unidos y Canadá /T-MEC se debe dar cumplimiento al Capítulo 23 (Laboral) y al Anexo 23-A sobre la *Representación de los Trabajadores en la Negociación Colectiva en México* y a los Anexos 31-A y 31-B del mismo T-MEC relativos al *Mecanismo Laboral de Respuesta Rápida*. Asimismo, en 2015 se firmó el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TIPAT) que en el Capítulo 19 regula las cuestiones laborales de este acuerdo.

A pesar de haber sido una época de apertura y neoliberal que buscó el desarrollo comercial del país, el corporativismo mexicano siguió protegiendo a los trabajadores, con el pretexto de que la mano de obra mexicana, al no ser calificada podía ser más económica y representaba una ventaja para las industrias. Sin embargo, este modelo no podría sostenerse sin cambios frente a los compromisos internacionales. Desde el año 2012, se veía venir la necesidad de la reforma laboral que transitara hacia un nuevo modelo que se ajustara a las

realidades de los compromisos internacionales, principalmente a las exigencias del T-MEC que surgieron a partir de la revisión del tratado en el año 2018.

Las reformas como lo señala la exposición de motivos de la iniciativa de reformas a la Constitución del presidente Enrique Peña Nieto en 2016, obedecen a las necesidades de modernización:

La iniciativa de la presidencia expone que “la Constitución Política de 1917, es un crisol de las reivindicaciones políticas, sociales y económicas que nutrieron a la Revolución Mexicana...” este documento, continúa el ejecutivo: ...en su origen, definió el proyecto de Nación que queríamos los mexicanos[...] sin perder su esencia se moderniza y adecua continuamente a los tiempos aceleradamente cambiantes [...] la geopolítica ha variado dramáticamente [...] afectando al concierto de las naciones de interdependencia de los estados nacionales, la complementariedad de los mercados internacionales, los diarios y vastos intercambios de bienes, mercancías, capitales, tecnologías, [...] hacen de estas últimas décadas de la historia universal las más dinámicas, y con ello la necesaria adaptación de las realidades nacionales a las transformaciones mundiales”.⁷

4.1. La reforma laboral de 2019

4.1.1. Nuevo sistema de justicia laboral en México

En 2016 la iniciativa no fue aceptada y se postergó hasta el año de 2019. Es muy interesante el estudio que realiza María Antonieta Yarrington (Yarrington, 2021)⁸ sobre los diarios de debates sostuvieron en el Congreso mexicano en 2017 la constitucional y, en 2019, la reforma laboral.

Para dar cumplimiento a diversas obligaciones y compromisos internacionales del Estado mexicano por la ratificación de varios convenios y

⁷ Proyecto de Ley Federal del Trabajo, Iniciativa de Reforma Constitucional al artículo 123, presentada por el ejecutivo ante las Cámaras de Representantes. Ley Federal del Trabajo 1931. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/0B-zjHGugT8OcemlZZXZEQ1dHeHM/view?usp=sharing>.

⁸ Yarrington Morales, María Antonieta, *Las últimas reformas al derecho laboral. Análisis del derecho laboral*, 2021, *Núm. 29 (2021): DÍKÉ* - Artículos de investigación.

tratados en materia de trabajo fundamentalmente de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los acuerdos regionales.

La base normativa de la reforma laboral se sustenta en tres grandes pilares, el convenio de la OIT N° 87 (Libertad sindical y protección del derecho de sindicación) del año 1948 y ratificado por México en 1950, el convenio N° 98 de la OIT (Derecho de sindicación y negociación colectiva) del año 1949 el cual fuera ratificado por México en noviembre de 2018 y el acuerdo comercial entre EEUU, Canadá y México denominado T-MEC revisado y firmado por los respectivos presidentes el 30 de noviembre del 2018.

Empujado por el tratado entre los países del norte donde México asume en el Capítulo 23.3 relacionado a los temas laborales el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, es que deposita en noviembre del 2018 la ratificación del convenio 98 en la OIT.

El 1 de mayo de 2019 se expidió el Decreto por el que se reformaron los artículos 107 y 123 constitucionales y las reformas a las legislaciones siguientes para regular las materias de Justicia laboral, libertad sindical y negociación colectiva: Ley Federal del Trabajo, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Ley Federal de la Defensoría Pública, Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y la Ley del Seguro Social.

Los tres ejes fundamentales de esta reforma son: 1) Nuevo sistema de justicia laboral; 2) Libertad y democracia sindical y; 3) El Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral.

De la simple lectura, es evidente que estas reformas buscan cambiar las relaciones laborales y tiene una gran implicación dentro de la solución de conflictos en las relaciones obrero-patronales.

Para la implementación y ejecución de la reforma laboral se crea a través de un decreto presidencial en enero de 2020, en Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral como órgano descentralizado de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio, así como plena autonomía técnica.

A continuación, analizaremos detalladamente, porque el objetivo de esta investigación es la gestión de los conflictos laborales, el pilar de la Justicia Laboral.

4.1.2. El sistema de solución de conflictos individuales

Con este nuevo sistema lo que se busca es incorporar la justicia alternativa como primera vía de resolución de los conflictos laborales que debe agotarse previo a la instancia judicial que se llevará a cabo en los tribunales del Poder Judicial ante quienes se sustentarán juicios orales que buscan ser más ágiles.

La conciliación se lleva a cabo en los Centros de Conciliación Laboral que sustituyen a las Juntas de Conciliación y Arbitraje, las cuales dejarán de existir en cuanto terminen de sustanciar sus rezagos.

Las Juntas de Conciliación y Arbitraje, dependientes de la Secretaría de Trabajo eran las encargadas de realizar los procesos de justicia laboral, desde la conciliación previa hasta el proceso de justicia propiamente dicho, arrojándose para si algo que en las repúblicas está reservado para los poderes judiciales. El Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral es un organismo descentralizado de la Administración Pública Federal y tiene Centros de Conciliación en cada Estado de la República para su organización y para llevar a cabo las conciliaciones en materia local que son todas las relaciones laborales derivadas de contratos individuales. En tanto la materia colectiva es competencia del Centro Federal. El artículo 684-A de la reformada Ley Federal del Trabajo de México reza: «Las disposiciones de este Título rigen la tramitación de la instancia conciliatoria previa a la de los conflictos ante los Tribunales, salvo que tengan una tramitación especial en esta Ley»⁹.

Se instituye así un régimen similar al que tenemos en Uruguay desde el año 1974, donde a través del Decreto Ley 14.188 donde se crearon los Juzgados Letrados de Trabajo y se estableció como requisito de admisibilidad al inicio de

⁹ Idem. Ley federal de trabajo de México.

un proceso judicial laboral acreditar la conciliación previa en sede del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

En tanto que en México la obligatoriedad de la conciliación previa como requisito de admisibilidad para la presentación de la demanda en sede judicial está dada por la redacción del artículo 684-B de la referida Ley Federal de Trabajo: «Antes de acudir a los Tribunales, los trabajadores y patrones deberán asistir al Centro de Conciliación correspondiente para solicitar el inicio del procedimiento de conciliación, con excepción de aquellos supuestos que están eximidos de agotarla, conforme a lo previsto en esta Ley»¹⁰.

A través de estas reformas la resolución de los conflictos laborales deja de estar a cargo de las instancias administrativas de la Secretaría del Trabajo para lograr la independencia de las autoridades del trabajo y dar la profesionalización, especialidad y expertise que tiene el poder judicial para resolver las controversias entre las personas. Válidamente podemos señalar que la reforma judicializa la resolución de los conflictos laborales.

El procedimiento de la etapa de conciliación está regulado en los artículos 684-A al 684-E de la Ley Federal del Trabajo de México. Entre sus características podemos destacar su agilidad, con una duración máxima de 45 días; la confidencialidad y la especialización de los conciliadores que son expertos en mecanismos alternativos de solución de controversias, capacitados por el poder judicial. En caso de no llegarse a un acuerdo, el Centro emite una constancia de no conciliación con la cual se puede iniciar el juicio ante los Tribunales competentes.

Sirve a los efectos de esta investigación detenernos por un momento en las características que deben tener los conciliadores de los Centros de Conciliación. En el artículo 684-G de la Ley federal de Trabajo se establecen los requisitos de los trabajadores entre los que se destacan: Tener preferentemente experiencia de por lo menos tres años en áreas del derecho del trabajo o especialización en las actividades que se vinculen con las atribuciones del Centro de Conciliación que corresponda; contar con título profesional a nivel licenciatura en una carrera afín a la función del Centro; y tener preferentemente

¹⁰ Idem.

certificación en conciliación laboral o mediación y mecanismos alternativos de solución de controversias.

El sistema ha puesto el foco en la capacitación de las personas que intervienen en los procesos de conciliación. De tal forma que el CONOCER (Consejo Nacional de Normalización y Certificación de Competencias Laborales, entidad estatal dependiente de la Secretaría de Educación Pública y de conducción tripartita) ha generado varios documentos referentes a las certificaciones de los funcionarios y estándares de calidad que deben cumplir para poder ejercer el rol de conciliador en materia de conflictos individuales. Este organismo emite documentos denominados Estándares de Competencia buscando homogenizar las cualidades que deben tener los conciliadores para poder adquirir su certificación correspondiente y así poder ejercer la función de conciliador laboral. Así se han emitido los EC 1250 y EC 1374 que tiene por finalidad " Servir como referente para la evaluación y certificación de los servidores públicos que participan en el procedimiento de conciliación prejudicial en materia laboral individual, de acuerdo con lo establecido en la Ley Federal del Trabajo vigente"¹¹, entre otros.

La ley exenta el requisito prejudicial de la conciliación para casos de discriminación, acoso y violencia laboral o cualquier violación a derechos humanos o para la designación de beneficiarios.

La integración de los funcionarios se realizó de manera escalonada en un periodo de dos años para estructurar los Centros. Se realizaron convocatorias públicas para los interesados en ser conciliadores laborales. La capacitación la llevó a cabo el poder judicial con expertos en mecanismos alternos de solución de controversias y fueron certificados conforme a lo establecido en los artículos 684 y subsecuentes de la Ley Federal del Trabajo.

El Consejo de la Judicatura a través de la Unidad de la Implementación de la Reforma en materia de Justicia Laboral tiene un documento que establece las bases para la conciliación laboral que fundamenta varios aspectos de la función de los conciliadores en los manuales de mediación de la OIT.

¹¹ <https://centrolaboral.gob.mx/publicacion-estandares-de-competencia/EC1374.pdf>.

En cuanto al procedimiento judicial, este se regula en los artículos 870 a 891 de la Ley Federal del Trabajo que incluye dos etapas: la escrita, que consiste en la presentación y contestación de la demanda, incluyendo las pruebas; y en la admisión de réplicas y reconvencciones; y la fase oral consistente en dos audiencias:

- a. Audiencia preliminar. Se depura el procedimiento, se establecen hechos no controvertidos, se admiten o desechan pruebas y se cita a audiencia de juicio.
- b. Audiencia de juicio. Se desahogan pruebas, se formulan alegatos y se emite sentencia.

Es importante aclarar que el Centro de Conciliación Laboral es la autoridad responsable para realizar el procedimiento de conciliación prejudicial en materia individual y la materia colectiva está reservada al nivel federal, es decir, al Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral.

A pesar de que la justicia alternativa y sus mecanismos como la mediación y la conciliación fueron incorporados al sistema de justicia mexicano con la reforma al artículo 17 constitucional en el año 2007, la materia laboral, hasta esta reforma puede beneficiarse de estos procedimientos de justicia alternativa. También es importante hacer notar que no se refleja, con la reforma laboral, la intención de beneficiar al sector obrero mexicano de las bondades que tiene la justicia autocompositiva en el aspecto del crecimiento personal y responsabilidad, puesto que, cuando hablamos de conciliación en la gestión del conflicto, existe la intervención directa del conciliador, regido por principios generales como la neutralidad y la imparcialidad, en la propuesta de las posibles soluciones y las partes deciden si están de acuerdo o no con estas propuestas.

Actualmente no está permitida la conciliación privada en materia laboral, es una materia reservada exclusivamente a las autoridades de los Centros de Conciliación lo que da cuenta de la protección que sigue existiendo por parte del gobierno hacia los trabajadores.

Por más que podamos pensar en la modernización que supuestamente contienen estas reformas, lo cierto es que, como bien señala Yarrington (2021)¹²,

¹² Idem.

—a partir del análisis de los debates— cambiar del poder ejecutivo al judicial para la resolución de conflictos laborales, no necesariamente significa que los vicios, corrupción y problemas de las Juntas de Conciliación y Arbitraje y la justicia laboral terminen.

4.1.3. Negociación Colectiva y Libertad Sindical

En materia de negociación colectiva se han introducido cambios sustanciales al antiguo funcionamiento, tanto de la conformación de los sindicatos como a las exigencias de participar en la negociación colectiva.

El artículo 123, apartado A, fracción XX, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por virtud de la reforma laboral, determinó que al Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral le corresponderían las funciones de registro de todos los contratos colectivos de trabajo y las organizaciones sindicales, así como los procesos administrativos relacionados. La finalidad de esta facultad a ese organismo descentralizado se encuentra justificada en la fracción XXII Bis del propio artículo 123, apartado A, de la Constitución; en este sentido, la firma, registro y depósito de los contratos colectivos de trabajo, así como las constancias de representatividad de las organizaciones sindicales, buscan garantizar la libertad de negociación colectiva, al igual que la libertad y democracia sindical.¹³

El art.390 Bis de la Ley Federal de Trabajo de México incorpora el novedoso procedimiento para la emisión de la constancia de representatividad que emitirá el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral.

El procedimiento está signado por la amplia difusión dentro del centro de trabajo para que los trabajadores u otro sindicato que pudiera existir se pronuncien al respecto, adhiriendo o no. Para el caso de la existencia de más de un sindicato el propio artículo en su numeral III, establece el proceso competitivo a efectos de determinar cuál es el sindicato más representativo. Dentro del numeral tercero, en el literal d) se especifica que el voto de los trabajadores se hará en forma personal, libre, directa y secreta.

¹³ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/15/7176/3.pdf>.

La trascendencia del certificado de representatividad radica en que el art. 390 de la mencionada ley lo incorpora como un requisito para registrar el contrato colectivo de trabajo y el art. 390 bis con extrema claridad da un paso más y lo exige como requisito para poder celebrar el contrato. Al respecto el artículo reza: “Artículo 390 Bis.- Para solicitar la celebración del contrato colectivo de trabajo inicial será indispensable que el sindicato obtenga del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral la Constancia de Representatividad, a fin de garantizar los principios de representatividad en las organizaciones sindicales y certeza en la firma, registro y depósito de los contratos colectivos de trabajo”¹⁴.

La conformación de los sindicatos, federaciones y confederaciones tanto de trabajadores como de empleadores está perfectamente regulada en los artículos 356 y ss de la ley Federal de Trabajo de México. Dentro de los requisitos que se exigen se encuentra el de la personería jurídica que se tramita ante el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral. El artículo 371 menciona lo que debe contener el estatuto de los sindicatos y en su numeral IX establece a texto expreso el voto personal, directo, libre y secreto.

La ley mexicana muestra una fuerte regulación respecto a las entidades sociales en cuanto a sus requisitos para conformarse y para actuar. Entre las novedades figuran el certificado de representatividad, la personería jurídica y la forma de elección de las directivas sindicales.

Si bien en nuestro país la ley 20.127 del 3 de mayo de 2023 ha incorporado la necesidad de la constitución de personerías jurídicas en un sentido similar al que establece la ley federal mexicana en cuanto al procedimiento administrativo, existen diferencias notorias en cuanto a la rigurosidad en las exigencias para la constitución de los mismos. En tanto la ley federal mexicana exige la obligatoriedad del registro nuestra legislación no y una situación similar se nos presenta cuando analizamos al forma de elección de los representantes sindicales, exigiendo la ley federal el voto secreto, directo y personal mientras que nuestra legislación no avanzó sobre ese aspecto.

El documento de la UNAM titulado “La nueva Justicia laboral en México: instituciones jurídicas implementadas” manifiesta respecto a este punto:

¹⁴ Idem.

En ese tenor, no debe pasarse por alto lo señalado en la introducción de este documento, consistente en que tanto la reforma constitucional y la firma del T-MEC y su anexo 23 como la ratificación del Convenio 98 de la OIT compartieron un propósito en común: asegurar la democracia sindical, la libertad de los trabajadores, la libre contratación colectiva, la legitimidad de las dirigencias obreras, el fin de la simulación en los contratos colectivos, la culminación de los contratos de protección y la huelga como mecanismo de extorsión a las empresas en beneficio de organizaciones y no de los trabajadores, entre muchos más. Así, el registro sindical adscrito a un organismo descentralizado de la administración pública federal busca garantizar un mecanismo de certeza de todos aquellos contratos e historia documental de los sindicatos en materia de democracia.

5. Conclusiones

México ha transitado una gran reforma laboral, sin dudas la más profunda en los últimos 100 años o de su historia.

Empujado por acuerdos comerciales como el T-MEC (Tratado de libre comercio entre México, EEUU y Canadá, revisado y firmado en el 2018), como por la normativa internacional sobre todo los Convenios Internacionales 87 y 98 de la OIT, México se inmiscuyó en esta gran reforma laboral.

Ordenó los procesos de justicia laboral, reservando para la vía administrativa únicamente la conciliación previa obligatoria a un juicio laboral y ubicando a estos últimos en la órbita del Poder Judicial. Pasó entonces a la división de poderes otorgándole a este último la potestad para resolver mediante procesos reglados a derecho los diferendos que se susciten en la relación obrero- patronal y reservando a la vía administrativa la conciliación previa obligatoria; deja atrás definitivamente las Juntas de Conciliación y Arbitraje dependientes de la Secretaría de Trabajo encargadas de tramitar todo el proceso de justicia laboral.

El nuevo sistema en emparenta en términos generales al que nos rige en Uruguay desde el año 1974 donde la conciliación previa administrativa está en

manos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los juicios posteriores en manos del Poder Judicial.

Crea a nivel federal los Centros Federales de Conciliación y Registros Laborales y los Centros de Conciliación que dependen de dichas entidades. Queda entonces pues la vía conciliatoria previa a un juicio laboral en manos de los Centros de Conciliación.

En tanto, los Centros Federales de Conciliación y Registros Laborales se encargará de las relaciones laborales colectivas.

En este aspecto la reforma también es sustantiva avanzando sobre cuestiones como la personalidad jurídica de las organizaciones sociales, la forma de elegir sus representantes, la legitimación para firmar contratos colectivos y la representatividad de las organizaciones. En estos aspectos encontramos las diferencias más grandes con el sistema uruguayo que tiene una normativa con menos regulación y menos injerencia que la recién aprobada en México.

Los desafíos son enormes para el nuevo sistema de justicia laboral en México, quizás deban pasar algunos años para poder realizar un estudio profundo de análisis de la implementación y sus efectos. Sin embargo, es claro que toda reforma de estas características deberá tener sus ajustes normativos, administrativos, presupuestales, etc., para que el sistema no se vea colapsado y la justicia termine no siendo tal.

Los cambios fueron profundos, en el sistema general y en particular tanto en la resolución de conflictos individuales como en la negociación colectiva con el objetivo de tener unas relaciones laborales pacíficas y ajustadas a derecho.

Bibliografía

- CORDERA, R. (2002). “Los pasos del corporativismo en México”, *Nexos*.
- GARNER, P. (2001). *Porfirio Díaz. Del héroe al dictador, una biografía política*, Planeta.
- MARVÁN LABORDE, I. (2010). “El constituyente de 1917: rupturas y continuidades”, en Cecilia Noriega y Alicia Salmerón (Coord.), *México: Un Siglo de Historia Constitucional (1808-1917)*, Poder Judicial de la Federación e Instituto Mora, 353-394.
- YARRINGTON MORALES, M. A. (2021). “Las últimas reformas al derecho laboral. Análisis del derecho laboral”, *Revista de Investigación en Derecho y Criminología - DÍKÉ*, Núm. 29, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

Recursos electrónicos

- AUDELIO CRUZ, J. M. (2005). “Sobre el concepto de corporativismo: una revisión en el contexto político mexicano actual”, *Investigaciones jurídicas*, UNAM. Disponible en: <https://repositorio.unam.mx/contenidos/5011168>.
- BERNSTEIN, H. (1958). “Marxismo en México, 1917-1925”, *Historia mexicana* 7 (4): 497-516. Disponible en <https://historiamexicana.colmex.mx/index.php/RHM/article/view/731>.

LA CONSTRUCCIÓN INSTITUCIONAL DEL DERECHO DEL TRABAJO

THE INSTITUTIONAL CONSTRUCTION OF LABOR LAW

Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Salamanca (España).

carpa@usal.es

Fecha de envío: 13/01/2025

Fecha de aceptación: 21/02/2025

LA CONSTRUCCIÓN INSTITUCIONAL DEL DERECHO DEL TRABAJO

Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ

Universidad de Salamanca (España)

Resumen: El artículo analiza la evolución histórica e institucional del Derecho del Trabajo, desde la legislación obrera hasta su consolidación como disciplina jurídica autónoma. Examina los factores históricos determinantes de este proceso, como el tránsito del Estado liberal a un modelo de intervención en las relaciones laborales. Se detiene en la construcción jurídica del contrato de trabajo, destacando su separación del arrendamiento de servicios. También aborda la constitucionalización de los derechos laborales, destacando la influencia de la Constitución de Weimar y otros textos fundamentales. Finalmente, explora la internacionalización de la legislación laboral y el papel crucial de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en la configuración del marco normativo del Derecho del Trabajo a nivel global.

Palabras clave: Derecho del trabajo - Constitucionalización de los derechos laborales - OIT - Contrato de trabajo - Intervención estatal en las relaciones laborales

Sumario: 1. De la legislación obrera al Derecho del Trabajo. 2. Los factores históricos determinantes del tránsito institucional. 3. La construcción jurídica del contrato de trabajo. 4. La constitucionalización de los derechos derivados de las relaciones de trabajo. 5. La internacionalización de la legislación laboral. 6. La Organización Internacional del Trabajo y la influencia de su ordenamiento en la construcción normativa del Derecho del Trabajo.

Abstract: The article analyzes the historical and institutional evolution of Labor Law, from early worker protection legislation to its consolidation as an

autonomous legal discipline. It examines the key historical factors that shaped this process, including the transition from the liberal state to a model of state intervention in labor relations. The study explores the legal construction of the employment contract, highlighting its distinction from service contracts. It also discusses the constitutionalization of labor rights, emphasizing the influence of the Weimar Constitution and other fundamental texts. Lastly, it examines the internationalization of labor legislation and the crucial role of the International Labour Organization (ILO) in shaping the global regulatory framework for labor law.

Keywords: Labor law - Constitutionalization of labor rights - ILO - Employment contract - State intervention in labor relations

Summary: 1. From labor legislation to Labor Law. 2. The historical factors determining the institutional transition. 3. The legal construction of the employment contract. 4. The constitutionalization of the rights derived from labor relations. 5. The internationalization of labor legislation. 6. The International Labor Organization and the influence of its regulations on the normative construction of Labor Law.

¡Hay brazos, pero no trabajo! ¡Hay voluntad, pero falta obra!

Victor Hugo, *Los miserables*, 1862.

1. De la legislación obrera al Derecho del Trabajo¹

¿Cuándo podría decirse con seguridad razonable que las leyes obreras o de fábrica de los Estados industriales europeos y americanos —la “legislación obrera” como sumatorio del conjunto de ellas— desembocaron en el alumbramiento en un ordenamiento jurídico cohesionado y singular? ¿Cuándo es posible certificar, en consecuencia, la presencia histórica comprobable de un Derecho del Trabajo diferenciado y completo dentro del sistema jurídico general, provisto de madurez normativa e institucional y cuya elaboración teórica hubiese alcanzado un grado de explicación generalizada y plausible?

Ni que decir tiene que la respuesta a estos interrogantes y otros semejantes debería ser rastreada con rigor en cada uno de los escenarios nacionales que han experimentado el proceso normativo en cuestión, a la vista claro es de su historia política y cultura jurídica respectivas. Aunque, con ser ello cierto, no lo es menos, me parece, la comprobación fundada de que las distintas experiencias singulares, más allá de su peripecia institucional propia y variable cronología, se han acomodado por lo común a pautas generales que permiten al observador un entendimiento cualitativo del proceso de referencia. En la medida en que, por descontado, la descripción que se lleve a cabo del camino histórico común es predicable también para cada historia particular, sin perjuicio de las correcciones de detalle y puntualizaciones de excepción que hubiese que hacer en cada caso.

Después de todo, el Derecho del Trabajo es una categoría de imposible aprehensión sin el cabal conocimiento de su pasado. Y ello en la medida en que,

¹ Texto de la lección de ingreso del autor, como miembro de número, en la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pronunciada en el seno de las “Jornadas Iberoamericanas de Derecho del Trabajo. Las transformaciones del Derecho del Trabajo” (Pontificia Universidad Católica del Perú y Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima), el día 29 de octubre de 2020, siendo presidente de la Academia el profesor Jorge Rosenbaum Rimolo.

en la delimitación de su dominio, de sus tendencias, de su nombre incluso, conserva un aspecto original. Los modernos ordenamientos laborales de los países de capitalismo desarrollado ofrecen una realidad institucional que cuenta con poco más de ciento cincuenta años de historia y que, de modo sustancial y sin perjuicio de las profundas transformaciones experimentadas en su seno, se encuentra perfilada desde sus orígenes. En las primeras leyes obreras de la segunda mitad del siglo XIX se percibe, ya con nitidez, el germen esencial de ese cuerpo unitario de normas y principios que con el tiempo habría de llegar a ser el Derecho del Trabajo.

2. Los factores históricos determinantes del tránsito institucional

El tránsito de una fase mercantil a otra industrial dentro del desarrollo capitalista, que imponía la generalización de un conflicto social nuevo entre antagonistas desconocidos hasta el momento, exigía de modo insoslayable la creación de un *nuevo* cuerpo normativo integrador que cumpliera la misión de imponer al conflicto industrial un cauce de circulación compatible con el mantenimiento y el desarrollo del modo de producción capitalista. Tal habría de ser, singularmente, la operación que acomete el Estado liberal con la promulgación de la “legislación obrera”, primera manifestación histórica moderna de la intervención de los poderes públicos en las relaciones entre particulares.

Cuando los postulados del liberalismo político —doctrina del Estado policía, abstencionismo de los poderes públicos, *laissez faire*— gozaban de mayor fervor y predicamento, una vez asentados de la mano del triunfo histórico de la burguesía revolucionaria, la sociedad capitalista iba a conocer, a través de una paradoja histórica solo aparente, un fenómeno de signo contrario, cual es la intervención del Estado en las relaciones de producción. Es, desde luego, el capítulo de las “leyes obreras” o “de fábrica”, que componen una disciplina protectora de las condiciones de vida y de trabajo del proletariado, limitadora por ello de la voluntad absoluta del empresario en la fijación de las condiciones de venta de la fuerza de trabajo, ya que frente a la libertad e igualdad de las partes de la relación

laboral, formalmente proclamada por la ley civil, la realidad se encargaba de demostrar el predominio pleno de la voluntad del empresario como fuente única del contenido del contrato de trabajo.

Con arreglo a una cronología diversa, en función principalmente de su particular grado de desarrollo económico, los distintos países industrializados de Europa occidental y América iniciaban durante el siglo XIX la escalada del intervencionismo normativo en las relaciones entre el capital y el trabajo, dando lugar así a las primeras leyes obreras. El conflicto planteado entre las exigencias del capitalismo globalmente considerado, amenazado de modo cierto por la extremada miseria y explotación soportada por la clase trabajadora como consecuencia de la industrialización capitalista y de los postulados del liberalismo doctrinario, germen por ello de la conciencia revolucionaria de las primeras organizaciones obreras, y las del capitalista o empresario individual, que perseguía la obtención del máximo beneficio económico, dificultado este por la mejora de las condiciones de trabajo y consiguiente incremento de los costes de producción que la legislación obrera imponía, se había resuelto, como cabía esperar, en favor de los intereses globales del empresariado en su conjunto y de su organización económica y productiva. Cediendo a tiempo en lo menos —las condiciones de vida y de trabajo del proletariado— se podía atender así, de modo eficiente, a conservar lo más, el propio sistema de trabajo asalariado.

La legislación obrera respondía a primera vista, así pues, a una “solución defensiva” del Estado liberal para, a través de una normativa protectora de los trabajadores, proveer a la integración del conflicto social en términos compatibles con la viabilidad del sistema establecido, asegurando de este modo la dominación de las relaciones de producción capitalistas. No es por ello ninguna casualidad que las primeras leyes obreras versen precisamente sobre aquellos aspectos de la relación laboral en que se habían manifestado los resultados más visibles de la explotación de los trabajadores, abordando así la protección del trabajo de las mujeres y de los menores, la reducción de los tiempos de trabajo, el establecimiento de mínimos salariales o, en fin, la preocupación por las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo y la prevención de los riesgos profesionales.

No resulta extraño, de este modo, que un observador excepcional del conflicto entre el capital y el trabajo asalariado en Inglaterra, como lo fue Karl Marx desde las páginas de su libro *El capital, Crítica de la economía política*, publicado en 1867, pudiera considerar la legislación sobre el trabajo como un producto necesario de la gran industria, «tan necesario como la hebra de algodón, el *self-actor* y el telégrafo eléctrico». Se habían sentado las bases, a fin de cuentas, para la transformación efectiva, dentro del propio sistema institucional, de los postulados iniciales del Estado liberal: la separación entre política y economía, entre esfera privada y pública.

Por lo demás, el tránsito de la legislación sobre el trabajo hacia la consolidación de un verdadero Derecho obrero, como conjunto sistemático de normas y principios sobre un núcleo unitario de imputación, será el resultado a lo largo de los años sucesivos de la concurrencia de un buen número de factores.

Uno primero es, por lo pronto, el propio desarrollo cuantitativo y acelerado de la legislación obrera en los distintos ordenamientos nacionales, que van a asumir a lo largo de pocas décadas programas intensos de preparación y adopción de normas jurídicas. Las leyes obreras, que no harán sino multiplicarse de modo incesante en el tiempo, se extendieron así por el conjunto de la superficie de las relaciones de trabajo, de modo que la práctica totalidad de sus contenidos institucionales fueron objeto con el tiempo de una regulación singular, al propio tiempo que se iniciaba la secuencia histórica de la protección social de los trabajadores.

También, desde luego, en segundo término, el reforzamiento de la intervención orgánica de los Estados en las relaciones de trabajo, lo que Luis Enrique de la Villa llamó con acierto el “intervencionismo científico” en la cuestión social, con el establecimiento de estructuras administrativas dispuestas al efecto para el estudio del problema social y de la legislación comparada, el conocimiento estadístico de las condiciones de vida y trabajo del proletariado industrial, la preparación y documentación de los proyectos de normas laborales o, en fin, los primeros sistemas por incipientes que fueran de inspección de trabajo.

O, en tercero, como factor harto relevante, la construcción científica del conjunto institucional de la nueva disciplina jurídica, esto es, la elaboración doctrinal continuada que pone «bajo la lente de la observación técnica el nuevo tejido institucional»: las leyes obreras, los convenios colectivos, la huelga, la relación de trabajo, etc. De entre las nuevas categorías técnicas, la noción de “contrato de trabajo”, así como su regulación jurídica separada del tipo contractual del arrendamiento de servicios, se convertirán por fuerza en el soporte científico del naciente ordenamiento jurídico.

3. La construcción jurídica del contrato de trabajo

La construcción jurídica del contrato de trabajo ha seguido históricamente, a fin de cuentas, hasta alcanzar la figura su plena efectividad social dentro del sistema económico que la ha visto nacer, una secuencia institucional jalonada por tres fases o etapas sucesivas, perfectamente diferenciadas en el tiempo, aunque lógicamente de datación diversa en función de los ordenamientos jurídicos de referencia.

Una primera es de “préstamo institucional”. A la hora de buscar una cobertura jurídica necesaria para la articulación formal de las nuevas relaciones de trabajo asalariado definidoras del sistema de producción capitalista industrial, resultaba imprescindible el recurso al contrato de arrendamiento de servicios que, procedente de la vieja *locatio conductio operarum* romana, es recogido sin excepción en los códigos civiles del XIX, siguiendo la pionera y fecunda experiencia del *code* francés de 1804. Se trataba, a fin de cuentas, de una operación forzada y de urgencia ante el vacío institucional existente.

Un segundo momento, de “hallazgo de una nueva tipicidad contractual”, se produce cuando se abre camino la elaboración teórica que habría de conducir al alumbramiento de la categoría dogmática del “contrato de trabajo”, con la consiguiente ruptura por parte del naciente negocio jurídico con los anclajes institucionales del arrendamiento. Se está, así pues, en el período de emergencia histórica del Derecho obrero que se había venido formando sobre todo en la segunda mitad del siglo XIX y que experimentará a principios del siguiente un

extraordinario proceso de expansión normativa. La teorización y consiguiente nacimiento del “contrato de trabajo”, como instrumento propio y diferenciado que se ofrece para la articulación jurídica de las relaciones de trabajo asalariado y por ende de las relaciones de producción del sistema económico capitalista, es sin duda un acontecimiento crucial en la historia científica del Derecho del Trabajo.

Y, en fin, el tercer momento o fase de esta sucesión institucional, de “regulación jurídica del contrato de trabajo”, tendrá lugar cuando el Estado se ocupe de elaborar una disciplina legislativa propia para el nuevo negocio jurídico que habrá de formar parte del sistema jurídico general. Lo que, por cierto, tardará en suceder en todos los ordenamientos y no será sin la superación de inconvenientes políticos y jurídicos de envergadura.

Pero, junto a lo dicho, deben ser tenidos en cuenta de modo principal dos procesos culturales coetáneos —arrancaban ambos en la segunda década del siglo XX— y de excepcional relevancia para lo que aquí interesa, que merecen naturalmente una consideración especial en estas páginas: la constitucionalización de los derechos derivados del trabajo y la consolidación de la internacionalización de la legislación laboral.

4. La constitucionalización de los derechos derivados de las relaciones de trabajo

Las constituciones promulgadas a lo largo del siglo XIX proclamaron tan solo, en tanto que producto del liberalismo político de primera hora, los derechos del hombre como individuo, los derechos individuales del ciudadano —la “*déclaration des droits de l’homme et du citoyen*” de la Asamblea Nacional francesa en 1789 como precedente político revolucionario— frente al poder del Estado y sus organizaciones, la libertad individual, la propiedad privada, la libertad de industria, de comercio, de trabajo, etc. Lo que no significa, por cierto, que determinados aspectos de carácter social estuvieran ausentes por completo de las declaraciones de derechos de algunos textos constitucionales del momento, la constitución francesa de 1848, por ejemplo.

El proceso de constitucionalización de los derechos sociales de la persona, esto es, del acceso de estas situaciones jurídicas a la norma constitucional, dentro de los que se encuentran de modo principal los derivados de las relaciones de trabajo, se producía por su parte dentro del primer cuarto del siglo XX, de la mano de la afirmación del Estado social de derecho. Así, por vez primera, la constitución mexicana de Querétaro (1917) contenía no solo principios generales sino normas jurídicas sobre salario, jornada, libertad de sindicación o derecho de huelga. Aunque será la constitución alemana de la República de Weimar (1919) la que proporcione el modelo o paradigma constitucional para los textos europeos y americanos de la posguerra mundial.

La República de Weimar (1918-1933) es, como se sabe, el período político de la historia contemporánea de la Alemania de entreguerras comprendido entre 1918, en que el imperio surgido de la unificación de 1871 y la monarquía se desmoronan tras su derrota en la Gran Guerra, y 1933, en que Adolf Hitler es nombrado canciller del Reich por el presidente Hindenburg, lo que habrá de conducir meses después al final de la legalidad republicana. La República y su sistema parlamentario se edificaban ciertamente sobre la constitución aprobada en la ciudad de Weimar (Turingia), el 31 de julio de 1919, lo que fijaba la denominación histórica del régimen político. La República tuvo que convivir a lo largo de sus casi quince años de existencia con una grave inestabilidad económica por las consecuencias económicas de la guerra, la derrota y la crisis, en medio de una agitación social desbordada.

Weimar brilló desde luego por su constitución. También lo hizo por la pléyade de los juristas del trabajo —Hugo Sinzheimer, Ernst Fraenkel, Franz Neumann, Otto Kahn-Freund, Karl Korsch— que alimentaron con sabiduría los presupuestos teóricos del constitucionalismo social recibido por aquella y removieron la mirada tradicional que había merecido hasta entonces la regulación del trabajo asalariado. Y asimismo por el florecimiento extendido de la ciencia, la arquitectura y el urbanismo, la filosofía, la literatura, la música, la pintura y, en fin, el cine. Una concentración brillante de fuerza y talento en tan corto tiempo que convivió, pudiera parecer paradójico, con una inestabilidad política y económica insoportables, la amenaza revolucionaria de la izquierda y,

para cerrar el círculo, el ascenso del nazismo que acabaría por arrasarlo todo. Un periodo histórico apasionante, un crisol del pensamiento y de la acción política, de la cultura y de la ciencia, un laboratorio de ensayo y experimentación para el constitucionalismo social, los movimientos políticos y la crisis de la democracia parlamentaria.

La constitución de Weimar sancionaba en su primera parte orgánica, relativa a la organización y competencias del Estado, una democracia política avanzada y participativa, frente al modelo del constitucionalismo liberal precedente, que se apoyaba en una estructura federal del país, la proporcionalidad electoral pura y el voto de la mujer, así como en la institución del referéndum. Pero contendrá su segunda, dogmática o declarativa de derechos, sobre los derechos y deberes fundamentales de los alemanes, el fundamento histórico pleno del constitucionalismo social, y del Estado social de derecho a la postre, mediante el acceso de los derechos individuales y colectivos derivados de las relaciones económicas y sociales, de las relaciones de trabajo asalariado de modo singular, por vez primera de modo ordenado y sistemático, a una constitución como norma básica del Estado.

El constitucionalismo social de Weimar se construía, después de todo, sobre una doble noción perfectamente trabada entre sí.

Por lo pronto, se abría camino dentro de la historia del constitucionalismo una aportación de política legislativa trascendental y fecunda: la regulación constitucional de la actividad económica con un propósito unitario. Lo que habría de ser conocido como “constitución económica”, entendida como una “constitución dentro de la constitución” —el conjunto de las normas constitucionales relativas a la economía y la empresa— y como límite al ejercicio de las libertades económicas de los individuos: las libertades de comercio y de industria, la libertad de contratación, el derecho de propiedad y de herencia, la distribución y utilización del suelo y la propiedad de los inmuebles, etc. Se establecía así de modo tajante, como norma constitucional específica, a la par que, como principio informador del conjunto del articulado, que la «organización de la vida económica» debía responder a «los principios fundamentales de justicia con el fin de asegurar para todos una existencia digna del hombre». Lo

que podía llevar, en caso de necesidad urgente, a la aceptación de los «principios colectivistas» o de «economía social» y la regulación conforme a los mismos de «la producción, la creación, la distribución, el empleo y la formación de los precios, así como la exportación e importación de mercaderías».

En segundo lugar, la formulación normativa de que el «trabajo» se sitúa constitucionalmente bajo la «especial protección» del Estado, que recibe así de modo directo el mandato expreso para la creación de un «derecho uniforme del trabajo», se erigía a la postre de modo novedoso en el fundamento jurídico positivo al más alto nivel del carácter tutelar o compensador del ordenamiento laboral a favor de los intereses del trabajo asalariado. El Estado se comprometía, además, bajo los postulados del internacionalismo proletario, a «procurar una reglamentación internacional de las condiciones legales de los trabajadores» para la consecución de derechos sociales mínimos «para toda la clase trabajadora de la humanidad».

Lo que se traducía, por añadidura, en la declaración generosa de un cuadro o catálogo amplio de derechos constitucionales laborales: la libertad de asociación «para la defensa y mejora de las condiciones de trabajo y económicas»; la autonomía colectiva de trabajadores y empresarios para «la reglamentación de las condiciones del salario y del trabajo»; la participación de los trabajadores en «el conjunto del desarrollo de las fuerzas de la producción»; la representación legal de los trabajadores, «para la observación de sus intereses económicos y sociales», a través de la constitución de consejos obreros de empresa y de distrito, además de un consejo obrero del Reich; el derecho al salario y al «tiempo libre necesario» en la relación de trabajo; el establecimiento, en fin, de un «comprensivo sistema de seguro bajo la decisiva cooperación de los asegurados» para la conservación de la salud y la capacidad de trabajo, la protección de la maternidad y la previsión contra las consecuencias económicas de la vejez, de la debilidad y de las vicisitudes de la vida.

En la actualidad, la constitucionalización de los derechos sociales y económicos, los laborales entre ellos, es una realidad presente y generalizada, con mayor o menor amplitud, en el constitucionalismo contemporáneo, a lo que han contribuido, desde luego, una vez superados los regímenes totalitarios europeos

y sus proclamaciones sociales, la aprobación de importantes textos supranacionales —la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de Naciones Unidas de 1948, el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre de 1950, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas de 1966 o, en fin, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000—, así como el coetáneo proceso de internacionalización de la legislación sobre el trabajo llevado a cabo por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que será referido a continuación.

De esta manera, el Derecho del Trabajo recibía un impulso extraordinario de la mano de su recepción constitucional. El poder constituyente del Estado social se comprometía así de modo directo con la naturaleza compensadora de la regulación del trabajo asalariado, al tiempo que asumía como derechos fundamentales un conjunto amplio y selectivo de los laborales. La madurez del Derecho de Trabajo disponía ya, así pues, de carta o certificación constitucional.

5. La internacionalización de la legislación laboral

La legislación laboral, limitada en su nacimiento y primer desarrollo a las fronteras del Estado nacional, daba sin embargo un paso sustancial hacia su madurez institucional con el alumbramiento de las primeras normas internacionales sobre la materia. Y, aun cuando el movimiento en favor de una reglamentación internacional del trabajo se abría camino con esfuerzo en la frontera de ambos siglos en los países industrializados —la Conferencia de Berlín de 1890 y la constitución de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores en 1901, como hechos relevantes, lo cierto es que no alcanzaba un resultado tangible hasta la creación en 1919 de la Organización Internacional del Trabajo, una vez concluida la Gran Guerra y en plena negociación de las condiciones para la paz.

En el sustrato de este proceso yacía desde luego la propia extensión internacional de los presupuestos socioeconómicos del trabajo asalariado, cuyo núcleo de intereses no quedaba limitado en consecuencia a condiciones de lugar

y territorio. Y, de ahí, por consiguiente, la idea de la insuficiencia de la legislación laboral de cada país para enfrentar en sus justos términos la protección universal de los trabajadores. No en balde por ello el movimiento obrero asumía desde el primer momento de su cohesión organizativa la tesis del “internacionalismo proletario”, por considerar que —conforme al preámbulo de los estatutos de la Internacional, Congreso de Ginebra, 1866— «la emancipación de los trabajadores no es un problema únicamente local o nacional, sino que, al contrario, este problema interesa a todas las naciones civilizadas».

A fin de cuentas, estas consideraciones acerca de la protección internacional de los trabajadores aparecían con fuerza —a raíz de las propuestas de la AFL norteamericana y la CGT francesa ligadas a la finalización del conflicto bélico— en la Conferencia de París, durante la que tenía lugar a lo largo de seis meses la ardua negociación del Tratado de Paz de Versalles, que era finalmente suscrito el 28 de junio de 1919 en la Galería de los Espejos del Palacio.

Y así, la parte XIII del Tratado —bajo la rúbrica general de “trabajo”, integrada por un preámbulo y 40 artículos, 387 a 427— decidía finalmente la fundación de una «organización permanente encargada de trabajar por la realización del programa expuesto en el preámbulo». Había nacido, así pues, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por considerar las Altas Partes Contratantes de modo singular —«movidas por sentimientos de justicia y humanidad, así como por el deseo de asegurar una paz mundial duradera»—, entre otras motivaciones, que «la no adopción por una nación cualquiera de un régimen de trabajo realmente humano pone en obstáculo los esfuerzos de las demás naciones deseosas de mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países».

La OIT nacía, así pues, como organismo internacional integrado en la estructura de la entonces existente Sociedad de Naciones, cuya primera sesión de su Conferencia era ya comprometida desde las páginas del Tratado para el propio 1919 en Washington, con el ruego al Gobierno de los Estados Unidos de América de la realización de su convocatoria. Pasaría después a estar vinculada a la Organización de las Naciones Unidas por acuerdo celebrado entre ambas partes.

La composición y estructura orgánica de la OIT —la Conferencia General de los representantes de los Estados miembros o asamblea deliberante, el Consejo de Administración como máximo órgano ejecutivo que nombra al director general y la Oficina Internacional del Trabajo con sede en Ginebra (Suiza), como órganos permanentes de la Organización— se edificaron de acuerdo con un singular principio de base que albergaba una verdadera peculiaridad institucional en el concierto de los organismos internacionales, no exenta por lo demás de polémica desde el primer momento: el llamado “tripartismo” o criterio orgánico de la “representación tripartita” de cada Estado dentro de la Organización, que se integraba de este modo por representantes del propio Gobierno, de los empleadores y de los trabajadores nacionales. Se quiso así en 1919 plasmar el reconocimiento de los esfuerzos realizados por el movimiento obrero y sindical en favor de una legislación internacional del trabajo, sin que naturalmente debieran quedar excluidos los empresarios y sus organizaciones, sujetos a importantes responsabilidades de orden social. La Conferencia adoptaba en 1976 dos importantes instrumentos para el impulso y reforzamiento de estos principios de representación: el Convenio 144 y la Recomendación 152, ambos sobre consulta tripartita.

A fin de cuentas, la OIT acaba de cumplir en 2019 nada menos que cien años de vida institucional ininterrumpida y ha pasado de 48 Estados miembros en 1919 a un total de 187 en el presente.

6. La Organización Internacional del Trabajo y la influencia de su ordenamiento en la construcción normativa del Derecho del Trabajo

La OIT ha llevado a cabo una función legislativa de extraordinaria relevancia, si se toma el juicio en relación con el conjunto del ordenamiento jurídico adoptado por su Conferencia General a lo largo de un siglo de vida, que se ha sustanciado en la elaboración y aprobación de un cuerpo numeroso de convenios y recomendaciones internacionales de trabajo. En cumplimiento, claro es, del programa expuesto en el preámbulo de su Constitución de 1919 —la Parte XIII del Tratado de Paz de Versalles, en origen, enmendada con

posterioridad en seis ocasiones— y en la Declaración de Filadelfia —*Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo*, adoptada en 1944—, cuyo texto figura como anexo de aquella.

La OIT ha asumido, así también, instrumentos complementarios de especial significación institucional, que se han propuesto la acomodación teórica de su quehacer ordinario a los escenarios económicos y sociales sobrevenidos en el tiempo. Tales son, desde luego, la *Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento* (1998), cuyo anexo sobre el *seguimiento de la declaración* era revisado en 2010; la *Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa* (2008), que daba acogida institucional a la propia propuesta de “trabajo decente” (1999) como eje de las políticas de la Organización para el logro de sus objetivos constitucionales; y, en fin, la *Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo* (2019).

La producción normativa de la Organización ha sido acompañada por una función de cooperación y asistencia técnica permanentes y de importancia creciente, a través de programas de asesoramiento normativo a Estados miembros en materia de empleo, condiciones de trabajo y relaciones laborales, de la organización de encuentros internacionales de expertos y administradores sobre estas materias y de, en fin, la elaboración y difusión de estudios e informes sobre las mismas, así como de publicación especializada en materia laboral.

Los “convenios internacionales de trabajo” son, como se sabe, tratados de carácter multilateral aprobados por la Conferencia General de la Organización en materias propias de su competencia. Una vez ratificados por el Estado miembro, conforme a las reglas nacionales en vigor para la ratificación de los tratados, los convenios y sus obligaciones internacionales se incorporan al Derecho interno. Si, en cambio, el convenio no fuera ratificado, el Estado — asume la obligación de someterlo a ratificación en el plazo de un año— contrae la obligación de informar de modo periódico al director general de la Organización de «las dificultades que retrasan o impiden la ratificación del convenio».

Las “recomendaciones” son, por su parte, acuerdos de la Conferencia General de la Organización expresivos de propuestas u orientaciones dirigidas

a los Estados miembros, aunque desprovistas del carácter de fuente de obligaciones internacionales. No se ofrecen a los Estados para su ratificación, aunque sí para su examen y eventual asunción por la legislación interna. Además, cada Estado deberá informar a la Organización sobre la situación del ordenamiento nacional en la materia objeto de las recomendaciones. Estas no dejan de ser, al propio tiempo, criterios para la interpretación o aclaración de los convenios internacionales, ofreciéndose en este sentido como instrumentos complementarios de los mismos.

No es posible, me parece, ofrecer una respuesta general al asunto de la influencia del ordenamiento jurídico de la OIT en la construcción normativa del Derecho del Trabajo, como si el conjunto de los Derechos nacionales hubiera bebido por igual y del mismo modo de la fuente normativa de la OIT y el peso institucional de la Organización se hubiese proyectado con idéntica intensidad por todas partes. Lo que resulta evidente que no ha sido así, a la vista de las distintas experiencias nacionales en la materia, de los rasgos políticos y culturales de cada una, así como de la singular trayectoria y periodificación histórica que cada cual haya experimentado en la conformación de su propio orden jurídico.

La valoración de la influencia efectiva de la serie legislativa de la OIT en la construcción normativa del Derecho del Trabajo exige, en consecuencia, un tratamiento referido a cada sistema jurídico nacional y los rasgos de cada historia jurídica singular, lo que desde luego excede con creces del propósito de las presentes páginas. Habría que pasar revista en tal caso, así pues, a la evolución legislativa y pormenores del ordenamiento laboral de cada Estado, o al menos de buena parte de ellos, los más relevantes a este propósito, al tiempo que atender de modo específico al proceso cronológico y las condiciones de ratificación de cada convenio internacional de la OIT por parte de cada uno de ellos, si es que lo llegó a hacer, con atención a los que no lo fueron y las razones en su caso de cada rechazo.

Sí es posible observar, con todo, que el ordenamiento de la OIT ha ejercido una influencia irregular sobre el primer desarrollo normativo de los Derechos laborales nacionales.

Desde luego, los Estados con mayor desarrollo económico e industrial y una historia rica de movimiento obrero y sindical a lo largo del siglo XIX y primeras décadas del XX, amén de una percepción extendida y vigorosa de la “cuestión social” y las reivindicaciones políticas aparejadas, contaban ya en 1919, cuando se iniciaba la acción legislativa de la OIT, con ordenamientos laborales asentados desde el punto de vista normativo, institucional y técnico, sin perjuicio naturalmente de su ulterior y progresivo desarrollo y perfeccionamiento institucional. Por lo que los convenios internacionales, a medida que se iban aprobando por la Conferencia General de la Organización y eran objeto de incorporación paulatina al Derecho interno correspondiente tras su ratificación, sirvieron en estos casos, todo lo más y en términos generales, para el complemento de soluciones legislativas ya adoptadas, a las que se otorgaba de este modo un argumento añadido de legitimación internacional. Estas pautas se mantendrían en el tiempo, por lo que a la influencia general de la OIT se refiere. Mucho menor en términos comparativos y más allá de la autoridad moral de la Organización, siempre reconocida.

En los demás casos, en cambio, la producción legislativa de la OIT sí habría de producir de modo directo la introducción absoluta de la “regulación laboral” en los ordenamientos nacionales. El papel de la Organización en estos Estados de industrialización retardada o insuficiente ha sido principal en la edificación y mantenimiento de los sistemas laborales respectivos. Basta atender a cómo se percibe la OIT, su acción normativa y de cooperación técnica, en unos y otros países, en Europa o fuera de ella, por ejemplo.

Sea como fuere, en fin, lo cierto es que en términos generales el Derecho del Trabajo adquiere plenitud normativa e institucional como disciplina jurídica diferenciada dentro del ordenamiento jurídico de los Estados nacionales durante las primeras décadas del siglo XX, tras la superación de los procesos históricos que han sido referidos y destinada al cumplimiento de una función singular dentro del sistema económico y social.

**DEBATE: LOS DESAFÍOS DE LA CRISIS CLIMÁTICA Y
LOS CAMBIOS EN EL MEDIOAMBIENTE DEL TRABAJO**

**DISCUSSION: THE CHALLENGES OF THE CLIMATE CRISIS
AND CHANGES IN THE WORK ENVIRONMENT**

Para recordarnos -una vez más- la importancia de recuperar la salud de los ecosistemas explotados y destruidos en los que convivimos como seres humanos, la ONU apelaba en 2021 al manido lema: “Cuidar el medio ambiente es cuidarse a uno mismo”.

No debemos olvidar que las personas somos responsables centrales del calentamiento global de los últimos 200 años. Es que el cambio climático proviene, principalmente, de la quema de combustibles fósiles como el carbón, el petróleo y el gas. La energía, la industria, el transporte, los edificios, la agricultura, el uso del suelo, entre otros, constituyen los principales emisores de los gases de efecto invernadero¹. Y estas prácticas extendidas a lo largo de tantas décadas de deterioro, son generadoras de una auténtica crisis medioambiental que sacude al mundo y pone en riesgo a los miles de millones de personas que lo habitamos, por más que algunas voces minoritarias nieguen su existencia o desmientan que la misma sea el resultado de la acción humana².

Más aún, recientemente, la prensa dio cuenta de estudios que demuestran que veinte grandes empresas emiten ellas solas más del 40% de todo el CO₂ que expulsa el sector fósil mundial, agregando que dieciséis de esta veintena de compañías, son estatales³.

En este contexto, la OIT viene señalando con claridad que el cambio climático y la degradación del medio ambiente plantean en la actualidad desafíos significativos al crecimiento económico y al empleo, alertando también que los riesgos serán mayores a mediano plazo. De allí que resulten imprescindibles los esfuerzos de los Estados miembros dirigidos a lograr la transición hacia “una economía más verde, con bajas emisiones de carbono”. El logro de este objetivo implicará -incluso- “la creación de nuevos puestos de trabajo en procesos y productos de producción ecológica, mientras que otros tipos de trabajos se encontrarán bajo riesgo, en particular en aquellos sectores

¹ ONU, Acción por el clima, en <https://www.un.org/es/climatechange/what-is-climate-change>.

² DKV, “El cambio climático no existe”: Derribando mitos negacionistas sobre el calentamiento global”, página web, 22 de mayo de 2024; Meri Castro, Greenpeace, “Derrumbamos 5 mitos del negacionismo sobre el cambio climático con datos científicos”, 23 de junio de 2023; entre otros.

³ Publicación de El País (España) de 5 de marzo de 2025.

que disponen de pocas alternativas para pasar a sistemas de producción más sostenibles”⁴.

Por otra parte, en el epicentro específico de la realidad laboral, se multiplican numerosos factores disruptivos que operan en la sociedad contemporánea. Así, y sólo por citar un ejemplo, la era que transitamos representa un enorme salto cualitativo en las formas, la organización y los efectos que enmarcan muy diferentes modalidades de prestación de actividades, transformando el medioambiente de trabajo. Hemos tenido ocasión de señalar que una de las aristas de mayor incidencia proviene de la incorporación creciente de las nuevas tecnologías, la aplicación de la inteligencia artificial, el surgimiento de las plataformas digitales, el uso intensivo del internet de las cosas y un conjunto inacabado de avances técnico productivos en proceso de generación que, en forma cotidiana y con una multiplicación acelerada, adquieren consistencia real⁵. El anterior Director General de la OIT, a través del Informe Anual de la Conferencia de 2015, titulaba el escenario bajo el rótulo “el empleo en plena mutación”⁶.

El medioambiente laboral dista mucho de ser aquél alrededor del cual sentó sus bases la legislación del trabajo primigenia. Hoy día, proliferan los estudios, debates, investigaciones, programas de acción y propuestas que abordan los tópicos de estas transformaciones en permanente dinamismo.

El año pasado, la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social convocó a dos destacados laboristas (miembros de número de la institución), los Profesores Luiz Carlos Amorim Robortella (Brasil) y Miguel Ángel Maza (Argentina) para presentar el análisis y sus ideas sobre estos trascendentes temas. La Revista Jurídica del Trabajo recoge en su sección Temas en Debate, las presentaciones llevadas a cabo, no sólo por el indudable interés de las mismas y la calidad de sus expositores, sino en el entendido de que representan un aporte significativo que habrá de servir como

⁴ Véase: <https://www.ilo.org/es/temas/just-transition-towards-environmentally-sustainable-economies-and-societies/areas-work/cambio-climatico-y-empleo>.

⁵ Rosenbaum Rimolo, Jorge, “El Derecho laboral frente a las nuevas realidades y cambios del mundo pos moderno”, en Rev. Derecho Laboral N° 270, Montevideo, abril-junio 2018.

⁶ Véase: <https://www.ilo.org/publications/world-employment-and-social-outlook-2015-changing-nature-jobs>.

estímulo para sus lectores ya que todos, sin excepción, podemos contribuir a mejorar la situación presente y anticipar el devenir mediato que continuará incidiendo sobre las disciplinas del mundo del trabajo.

Jorge Rosenbaum Rimolo⁷
(Coordinador del tema de debate del N° 15)

⁷ *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (retirado), 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. Correo electrónico: jrosen@adinet.com.uy.*

**CONDICIONES DE TRABAJO, CAMBIO CLIMÁTICO GLOBAL
Y DESARROLLO SUSTENTABLE. EFECTOS DEL CAMBIO
CLIMÁTICO EN EL EMPLEO Y ROL DEL DERECHO DEL
TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

**WORKING CONDITIONS, GLOBAL CLIMATE CHANGE AND
SUSTAINABLE DEVELOPMENT. EFFECTS OF CLIMATE
CHANGE ON EMPLOYMENT AND THE ROLE OF LABOUR
LAW AND SOCIAL SECURITY**

Miguel Angel MAZA

Profesor Titular regular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (Argentina), ex Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

miguelmaza24557@gmail.com

Fecha de envío: 02/01/2025

Fecha de aceptación: 05/02/2025

CONDICIONES DE TRABAJO, CAMBIO CLIMÁTICO GLOBAL Y DESARROLLO SUSTENTABLE. EFECTOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO EN EL EMPLEO Y ROL DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Miguel Angel MAZA

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Resumen: El artículo analiza la intersección entre el cambio climático, el empleo y el Derecho del Trabajo. Se destaca cómo las condiciones ambientales afectan de manera desproporcionada a los trabajadores más vulnerables, particularmente aquellos en la economía informal y en empleos precarios. Se examinan los efectos del calentamiento global en el mundo laboral, incluyendo la exposición a riesgos climáticos, la degradación de las condiciones de trabajo y la precarización del empleo. Además, se analiza la normativa internacional sobre sostenibilidad y trabajo, incluyendo la Agenda 2030 y el Pacto del Futuro 2045, y se plantea un enfoque crítico sobre su implementación efectiva en los países en desarrollo. El artículo concluye con la necesidad de acciones concretas y urgentes, tanto a nivel global como nacional, para garantizar condiciones de trabajo dignas en un contexto de crisis ambiental.

Palabras clave: Cambio climático y trabajo - Precarización laboral - Sostenibilidad y empleo - Justicia ambiental y social - Normativa internacional del trabajo

Sumario: 1. Introducción. 2. Un poco de contexto y una tesis. 3. Algunos básicos y breves conceptos sobre el cambio climático y el calentamiento global. 4. Causas de la generación exagerada de gases de efecto invernadero. 5. Marco normativo internacional: la Agenda 2030, Agenda 2045 y Pacto del Futuro. 6. Normativa laboral internacional vinculada al empleo. 7. Normativa interna de la

República Argentina. 8. Nuestra mirada desde el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 9. Otro ángulo de análisis, el escepticismo. 10. Medidas propuestas por Naciones Unidas. 11. Medidas adoptadas en el mundo. 12. La Relación entre Empleo y Desarrollo Sostenible. 13. Conclusiones.

Abstract: This paper analyzes the intersection of climate change, employment, and labor law. It highlights how environmental conditions disproportionately affect the most vulnerable workers, particularly those in the informal economy and precarious jobs. It examines the effects of global warming on the world of work, including exposure to climate risks, the degradation of working conditions, and the precariousness of employment. It also analyzes international standards on sustainability and labor, including the 2030 Agenda and the 2045 Future Compact, and critically examines their effective implementation in developing countries. The article concludes with the need for concrete and urgent actions, both globally and nationally, to guarantee decent working conditions in a context of environmental crisis.

Key words: Climate change and work - Job insecurity - Sustainability and employment - Environmental and social justice - International labor standards

Summary: 1. Introduction. 2. A bit of context and a thesis. 3. Some basic and brief concepts about climate change and global warming. 4. Causes of the exaggerated generation of greenhouse gases. 5. International regulatory framework: Agenda 2030, Agenda 2045 and Pact of the Future. 6. International labor regulations linked to employment. 7. Internal regulations of the Argentine Republic. 8. Our view from the Labor and Social Security Law. 9. Another angle of analysis, skepticism. 10. Measures proposed by the United Nations. 11. Measures adopted in the world. 12. The Relationship between Employment and Sustainable Development. 13. Conclusions.

1. Introducción¹

La invitación con que me honrara la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social invitándome a exponer sobre “*empleo, condiciones de trabajo y cambio climático*” me sacó de la zona de comodidad en la que me muevo habitualmente dentro de los temas propios del Derecho del Trabajo. Tuve que recurrir a la creatividad y a “pensar en lo no pensado”, como propone Yuval Harari. Y, en ese tren, lo primero que hice fue preguntarme ¿porqué nos interesa a los especialistas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, como tales, el problema del cambio climático y porqué reclamar “desarrollo sustentable”?

Esto me llevó a reflexionar sobre ambas cuestiones con lo que surgieron dudas, dilemas e inquietudes que aquí desgranaré, anticipando que, aunque transitaré brevemente algunos conceptos que he considerado imprescindibles sobre el calentamiento global y el desarrollo sostenible, el objeto de este trabajo se limita a plantear una mirada objetivamente crítica de tal problema planetario y de sus efectos sobre las relaciones de trabajo.

2. Un poco de contexto y una tesis

Casi todos quienes hoy compartimos la Academia Iberoamericana y las diversas facultades de Derecho de nuestro continente provenimos de países poco o insuficientemente desarrollados y que están signados por la desigualdad social, la pobreza y otros problemas derivados de la falta de desarrollo económico y social.

Se sabe que aproximadamente un 60% de la población se encuentra en el sector informal de la economía; que el 70% aproximadamente de esas personas se gana la vida trabajando por cuenta ajena; que un 35%

¹ Trabajo elaborado sobre la base de la ponencia del autor al Panel I sobre “*Medio ambiente de trabajo y sostenibilidad ambiental*” del Seminario “*Problemática del Derecho del Trabajo: cuestiones actuales, cuestiones modernas*” organizado conjuntamente por la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y el Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, desarrollado los días 14 y 15 de noviembre de 2024.

aproximadamente de las personas que trabajan bajo dependencia lo hace en la clandestinidad, y que un 85% de esos empleos informales es precario y en pequeñas unidades de producción.

También sabemos que en el trabajo irregular y en la economía informal el cumplimiento de todas las normas se diluye, soslayándose muchas o cumpliéndose insuficiente y defectuosamente otras. De la nación en la que nació y en la que desarrollo mis actividades, la República Argentina, se ha dicho con acierto que era un país al margen de la ley y me atrevo a agregar que hoy parece un país “contra la ley”, pues la anomia se ha incrementado.

En ese contexto son indiscutibles los efectos nocivos que tal cuadro de situación económico y social provoca sobre las personas que desarrollan sus actividades en malas condiciones de trabajo y en nocivos ambientes de labor y es por ello que cuadra reflexionar sobre las consecuencias del ambiente global, del clima y del calentamiento planetario en actividades y oficios afectados a ese amplio segmento de vida informal.

Es así que, al respecto, propongo una tesis de trabajo: es una postulación factible que esos factores de respuesta de la naturaleza y del clima del planeta caen con mucha mayor fuerza sobre los más desprotegidos social, cultural, sanitaria y económicamente.

Entre estas víctimas, las personas que trabajan bajo subordinación, en empleos clandestinos y/o precarios, en lugares periféricos y alejados de los centros urbanos y de las acciones de información, divulgación y control de las autoridades sanitarias, laborales y ambientales están particularmente expuestos y sujetos a padecer esos males y, para más, proporcionalmente más lejos de las ayudas estatales.

Por eso, el problema del cambio ambiental, del calentamiento global y del clima nos preocupa como ciudadanos del mundo e, incluso, como sujetos pasivos de las catástrofes ambientales, como la reciente de Valencia, pero a nosotros, especialistas en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, nos llama a hacernos cargo de la debilidad con que ese enorme segmento de la población mundial soporta y soportará en los años y décadas venideras el azote de tales

manifestaciones del planeta, estando como está caracterizado en su generalidad por las deficiencias sociales grupales e individuales que sufre crónicamente.

Y advirtamos que las catástrofes ambientales y climáticas no sólo provocan destrucción material actual, pérdida de vidas y epidemias por las condiciones sanitarias, sino que, por añadidura, condicionarán por años el comercio, la industria, y la agricultura de la región afectada con consecuencias negativas sobre el empleo, retrasando aún más el desarrollo y agravando las deficiencias sociales, allí donde las hay.

3. Algunos básicos y breves conceptos sobre el cambio climático y el calentamiento global

Según sabemos, el problema básicamente deriva de un hecho natural consistente en que las emisiones de ciertos gases -los llamados de “efecto invernadero”- cubren la Tierra como un manto, atrapan el calor del sol bajo la cúpula atmosférica y ello conduce en última instancia al calentamiento global y al cambio climático.

Pero aclaremos que el efecto invernadero, en sí, no es patológico, sino un fenómeno natural que ha permitido que la Tierra formara y mantuviese una atmósfera y una temperatura adecuadas para el nacimiento de la vida en nuestro planeta y creando un ambiente propicio para su desarrollo.

Dicho esto, es cierto que cuando algunos de los gases presentes bajo esa atmósfera, como el dióxido de carbono, el metano, el vapor de agua y el óxido nitroso, se acumulan excesivamente terminan provocando un efecto dañoso. Esa acumulación de dichos gases atrapa casi definitivamente parte del calor que llega desde el Sol, sin dejar que se disipe en la medida justa.

Es que la energía del Sol llega a la Tierra en forma de radiación solar y una parte de esta radiación es absorbida por la superficie terrestre, que luego la emite de vuelta hacia el espacio en forma de radiación infrarroja (como calor), en un proceso natural que es esencial para mantener una temperatura estable en el planeta.

Sin embargo, en los últimos decenios, las actividades humanas (como la quema de combustibles fósiles, la deforestación y el uso de ciertos productos químicos, entre otras) han incrementado la concentración de estos gases hasta niveles altísimos que, obviamente, eran poco factibles en el mundo preindustrial.

Tal acumulación exagerada de los gases en la atmósfera impide la salida y vuelta al espacio exterior de la radiación solar residual y, por el contrario, esa masa de gases acumulados bajo la cúpula atmosférica absorbe y reemite parte de esta radiación hacia adentro de la atmósfera misma, lo que intensifica aun más el efecto invernadero natural y provoca un aumento de las temperaturas globales, lo que conocemos como calentamiento global.

Amén de ello, como se recordará, se produjo un hiato o agujero en la capa de ozono, la que protege el planeta de la radiación cósmica, y por éste penetran radiaciones solares y del espacio exterior nocivas para los seres vivos de la Tierra, normalmente filtradas de manera selectiva por esa capa.

Por ello es factible afirmar que el calentamiento global es el aumento sostenido de la temperatura media de la superficie terrestre, atribuido principalmente a las actividades humanas que liberan grandes cantidades de dióxido de carbono (CO₂), metano (CH₄), óxido nitroso y otros gases que atrapan el calor en la atmósfera.

Este proceso no sólo altera la temperatura sino también los patrones de precipitaciones, genera incendios forestales, inundaciones, tormentas y sequías, que afectan gravemente las cosechas provocando hambrunas y dañando la producción agropecuaria. Por otro lado, esas situaciones resultan propicias para la propagación de enfermedades.

4. Causas de la generación exagerada de gases de efecto invernadero

La mayor parte, unos tres cuartos, de la electricidad se sigue generando todavía con combustibles fósiles; y tan solo una cuarta parte proviene de la energía eólica, la solar y otras fuentes renovables.

Además, la industria y el sector manufacturero generan emisiones de carbono, sobre todo a partir de la quema de combustibles fósiles que se utiliza para producir la energía necesaria para la producción de cemento, hierro, acero, electrónica, plásticos, ropa y otros bienes. La minería y otros procesos industriales también liberan gases y, para más, consumen cantidades enormes de agua.

Los bosques absorben en sus ciclos vitales dióxido de carbono por lo que su destrucción mediante la tala limita la capacidad de la naturaleza para mantener un equilibrio natural en la atmósfera. Pero, por añadidura, dicha tala provoca emisiones adicionales pues los árboles, al ser cortados, liberan en la atmósfera el carbono que han estado almacenando.

Inciden negativamente también la producción y el uso de fertilizantes, plaguicidas, herbicidas como el “glifosato”, los desechos animales y el abono utilizado para los cultivos. No obstante ello, los combustibles fósiles (carbón, petróleo y gas) son los que más contribuyen al cambio climático mundial.

Por su lado, la mayoría de los camiones, barcos y aeronaves funcionaron hasta recientemente con combustibles fósiles y el reemplazo por motores híbridos o alternativos es muy lento, lo que hace que el transporte constituya uno de los sectores que más contribuye a generar gases de efecto invernadero, especialmente en lo que a emisiones de dióxido de carbono se refiere. En esa línea, los vehículos terrestres son responsables de una gran parte de ese caudal debido a la combustión de productos derivados del petróleo, como la gasolina en los motores de combustión interna.

Frente a todo esto cabe preguntarse: ¿cómo luchan las naciones contra la presión de las empresas petroleras y, sobre todo, de los estados ricos en petróleo?

Pero lamentablemente también la producción de alimentos provoca emisión de gases y mayormente de metano, que es más potente y nocivo aún que el dióxido de carbono ya que retiene 30 veces más el calor; e igualmente debe ser considerada la energía gastada en los grandes edificios y complejos habitacionales, que siguen utilizando carbón, hidrocarburos y gas natural para

los sistemas de calefacción y refrigeración, que emiten cantidades importantes de gases de efecto invernadero.

La creciente demanda de sistemas de climatización, junto con el aumento en la adquisición masiva de aparatos de aire acondicionado y un consumo eléctrico por parte de aparatos de iluminación y dispositivos electrónicos conectados, ha contribuido a un aumento en las emisiones de dióxido de carbono relacionadas con las edificaciones y conglomerados urbanos.

El cambio global derivado de la suma de tales factores aumenta el riesgo de olas de calor, erosión y degradación de los suelos, inundaciones, resecaamiento de humedales, incendios y sequías, elevación de las temperaturas, tormentas más potentes, aumento de las sequías, elevación del nivel de los océanos y calentamiento del agua, desaparición de especies, escasez de alimentos, y mayores riesgos para la salud.

Las inundaciones pueden arrasarse barrios marginales, destruyendo hogares y comunidades, así como el calor excesivo dificulta la ejecución de trabajos en el ámbito rural y otros lugares abiertos. La escasez de agua puede afectar a los cultivos, la salubridad habitacional y hasta la vida misma.

Y, además, el cambio global genera pobreza y desplazamiento, uno de los efectos que más nos importan a nosotros desde la perspectiva de la disciplina del Derecho Social.

Entre 2010 y 2019 los sucesos relacionados con el clima desplazaron a un total aproximado de 23 millones de personas promedio al año, aumentando sus probabilidades de caer en la pobreza.

Los 4 grandes generadores de gases son China, EEUU, Unión Europea e India, mientras que América Latina participa con algo menos del 10%. Sin embargo y paradójicamente, la población del subcontinente resulta la más vulnerable ante los efectos del cambio global por su grado generalizado de subdesarrollo.

Por otro lado cabe señalar que las actividades productivas en las que más incide el cambio global son: la agricultura, la ganadería y la silvicultura (cultivo de los bosques).

5. Marco normativo internacional: la Agenda 2030, Agenda 2045 y Pacto del Futuro

En ese plano podemos memorar los hitos políticos y jurídicos más relevantes:

- Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano (16 de junio de 1972);
- Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York el 9 de mayo de 1992);
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Junio 1992);
- Protocolo de Kioto (1997) ⁽²⁾;
- Estocolmo (2001), sobre contaminantes orgánicos;
- Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (2009), que designó al 22 de abril como el Día Internacional de la Madre Tierra;
- Conferencia Internacional sobre Cambio Climático de París (2014) ⁽³⁾;
- Acuerdo de París (2015) con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible aprobada en la Cumbre del Desarrollo Sostenible en la que 193 jefes de Estado aprobaron el documento “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y 169 metas que se deben aplicar en forma universal. En ese acuerdo, que entró a regir en noviembre 2016, hace 8 años ya, se pactó una inversión anual de 100.000 millones de dólares pero al día de hoy no se ha llegado a volcar esa suma.

Los principales Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) podríamos sintetizarlos en los siguientes:

² El Protocolo de Kioto ha sido uno de los primeros acuerdos globales para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. Estableció compromisos específicos para los países desarrollados, aunque varios de los mayores emisores, como Estados Unidos, no participaron.

³ En tal ocasión 196 países aprobaron el acuerdo para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, identificadas como la causa principal del calentamiento global y se pactó una suba no superior a 1,5 grados.

- ODS 8: Trabajo decente y crecimiento económico – Promoción del crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, así como el empleo productivo y el trabajo decente para todos;

- ODS 12: Producción y consumo responsables - Incentiva patrones sostenibles en la producción y el consumo, minimizando el desperdicio y los daños al medio ambiente:

- ODS 13: Acción por el clima - Llamado a tomar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus impactos.

Las siguientes son características de los Objetivos de Desarrollo Sostenible

- Universalidad: los ODS se aplican a todos los países, independientemente de su nivel de desarrollo;

- Integración: los objetivos están interconectados, de modo que el progreso en uno contribuye al avance de otros. Por ejemplo, promover el trabajo decente contribuye al crecimiento económico y reduce la pobreza;

- No dejar a nadie atrás: uno de los principios más importantes de la Agenda exige prestar especial atención a las poblaciones vulnerables y marginadas para asegurar que todos se beneficien de los avances.

Y bien, en este contexto cabe reflexionar acerca de si se está cumpliendo con ese ideario y con esos objetivos, sobre si todos los pueblos del planeta van a la misma velocidad y en el mismo sentido y en orden a si se están dejando atrás a algunos grupos poblacionales, zonas o países. La respuesta a estas dudas resulta, en nuestra opinión, poco satisfactoria.

Como fue anticipado, en septiembre de 2024 se acordó la Agenda 2045 o Pacto del Futuro (4).

La Agenda 2030, con sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), es una hoja de ruta para erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todos aunque es posible dudar de su eficacia y de la profundidad del compromiso, más allá de declaraciones rimbombantes y políticamente correctas.

⁴ La 29ª Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, (COP29) se reunió en Bakú, Azerbaiyán, país rico en petróleo que extrae unos 35 millones de toneladas.

En esta materia pensamos que resulta clave entender y recordar que muchos de los problemas del subdesarrollo están interconectados entre sí y, a la par, se vinculan con las consecuencias del cambio climático.

En efecto, la pobreza, la falta de acceso a educación de calidad, la desigualdad de género, la falta de infraestructuras adecuadas, y la degradación ambiental se alimentan mutuamente, de manera sinérgica y son un claro obstáculo al desarrollo sostenido y sustentable y es por tal razón que abordar uno de estos problemas a menudo implica trabajar en varios ODS al mismo tiempo.

La “reducción de las desigualdades” (ODS 10) debería ser una prioridad y las políticas nacionales tendrían que abordar las disparidades económicas y sociales, asegurando que todos, independientemente de su origen o condición, tengan la oportunidad de prosperar. Esto incluye, obviamente, medidas para proteger los derechos laborales y promover el bienestar de los trabajadores, obviamente.

El “cuidado del medio ambiente” es igualmente fundamental, pero es menester considerar que los países en desarrollo enfrentan los peores impactos del cambio climático y, por lo tanto, resulta esencial la implementación de políticas de desarrollo sostenible que incluyan la conservación de los ecosistemas terrestres (ODS 15) y marinos (ODS 14), y la lucha contra el cambio climático (ODS 13).

Estimamos que es fundamental salir de la mera declaración política y tomar medidas para conciliar los problemas del subdesarrollo con la Agenda 2030, lo que requiere un enfoque integrado y coherente, con políticas que aborden simultáneamente varias dimensiones del desarrollo sostenible, así como un fuerte compromiso de los estados con acciones concretas y efectivas.

En ese sentido, el Pacto del Futuro 2045 del 24 de septiembre 2024 plantea la necesidad de acciones “audaces, ambiciosas, aceleradas, justas y transformativas”, con el propósito de enfrentar las crisis globales más urgentes, aunque es difícil saber si los países que suscribieron ese Pacto están efectivamente comprometidos a tomar tales medidas audaces y ambiciosas. Por

lo pronto, la representación política de la República Argentina mostró su divergencia con esa Agenda .

Este Pacto toma por un lado el compromiso global hacia un desarrollo sostenible inclusivo, abarcando la erradicación de la pobreza, la lucha contra la inseguridad alimentaria y el cambio climático, mientras por otro alude a la importancia de los derechos humanos y la cohesión social.

El Pacto para el futuro o Agenda 2045 enuncia 56 “acciones” distribuidas en cinco tópicos distintos: I. Desarrollo sostenible y financiamiento para el desarrollo; II. Paz y seguridad internacional; III. Ciencia, tecnología e innovación, y cooperación digital; IV. Juventud y generaciones futuras; V. Transformando la gobernanza global.

Ratifica los Acuerdos de París y la Agenda 2030, y pide mayor intervención de los Estados miembros sobre sus economías para, ya sea mediante impuestos que desincentiven el uso de energías no-renovables o subsidios que fomenten el de las renovables, acelerar la transición hacia una economía global “verde” o con emisiones “net zero”, y limitar el calentamiento global a una temperatura de 1.5° C.

6. Normativa laboral internacional vinculada al empleo

En materia laboral, hacia finales de los años ochenta y durante los años noventa, las Normas Internacionales del Trabajo comenzaron a incorporar temáticas medioambientales en Convenios y Recomendaciones.

Los Convenios que promueven la salud y la seguridad en el trabajo previenen, aunque de manera indirecta, el daño al medio ambiente que resulta de los lugares de trabajo (Recomendación OIT núm. 156, 1977, sobre el medio ambiente de trabajo en relación con los efectos de la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones) y también se establecieron Convenios relativos al manejo de materiales potencialmente peligrosos.

El Convenio OIT núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales (1989) reconoce el valor fundamental del medio ambiente para la identidad y la actividad de estos pueblos. Este Convenio fortalece el rol de los pueblos indígenas y

tribales en el manejo del medio ambiente y provee un marco jurídico para evaluar el impacto ambiental de proyectos que los podrían afectar. Incluye también disposiciones para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan estos pueblos.

El Convenio núm. 174 de 1993 sobre la Prevención de Accidentes Industriales Mayores coloca la protección al medio ambiente al mismo nivel que la protección de los trabajadores y la comunidad.

Ya entrado el siglo XXI se consolidó la integración de temas medioambientales en el seno del trabajo de la OIT, organización que comenzó a explorar los empleos que tienen un impacto negativo en el medio ambiente (OIT, 2012). El tema se discutió en las Conferencias del Trabajo en 2013 y 2017, en las que se desarticuló al menos teóricamente la noción de que la protección del medio ambiente es una amenaza para la generación de empleo. Conclusión que, desde nuestro punto de vista, resulta discutible.

Estas discusiones afirmaron que el avance de la sostenibilidad medioambiental puede ser una fuente que genere más empleos de los que se pierden y que el mundo del trabajo y el diálogo social pueden catalizar un cambio económico que avance sobre la sostenibilidad.

El programa de Empleos Verdes de la OIT se constituyó para proveer asistencia técnica a países e identificar oportunidades de desarrollo de actividades que promuevan la sostenibilidad y la generación de empleo.

Los sindicatos de empresas extractivas y los gobiernos de los países que dependen de estas materias primas, y están cruzados por las contradicciones antes mencionadas, señalaron la necesidad de que cualquier transición deberá proteger los derechos de trabajadores que se verían afectados negativamente.

Así, reconociendo que este cambio económico provocaría pérdidas de empleo, en 2015 se publicaron las “Directrices de política para una transición justa hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos” (OIT, 2015).

OIT (2018) afirma la compatibilidad del trabajo decente y el avance de la sostenibilidad pero entendemos que tal aseveración merece ser revisada o, cuanto menos, analizada críticamente.

El tema es esencial pues el cambio climático, el deterioro medioambiental y la transición hacia la sostenibilidad definirán el futuro del trabajo también en América Latina.

7. Normativa interna de la República Argentina

El Gobierno Nacional argentino que asumió en diciembre de 2015 tomó el compromiso de implementar la Agenda 2030 y adaptar a la realidad nacional los ambiciosos objetivos mundiales y en ese camino fue creado el Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales, encargado del seguimiento del cumplimiento de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y para ello celebró convenios de cooperación con gobiernos provinciales y municipales para asistir técnicamente los procesos de adecuación de los ODS a nivel territorial de acuerdo con los planes de desarrollo de esos gobiernos. Por otro lado, fueron dictadas varias leyes en tal sentido.

- Ley General del Ambiente (ley N° 25.675 del 28/11/2002): establece presupuestos mínimos para la gestión ambiental, la protección de la biodiversidad y la implementación del desarrollo sostenible.
- Ley 27.279 de productos fitosanitarios (del 2016): fija presupuestos mínimos de protección ambiental para la gestión de envases vacíos de fitosanitarios.
- Ley 27.520 de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global (del 20/11/2019): centrada en la adaptación y mitigación al cambio climático.
- Ley Yolanda (ley N° 27.592 del 17/11/2020): garantiza la formación integral en ambiente y cambio climático para los funcionarios públicos.
- Ley 27.621 de Educación Ambiental Integral del 1/6/2021: implementa la educación ambiental en la República Argentina.

Además, resultan aplicables en la República Argentina los Convenios con la OIT 155 y 187; la ley 11.544 de jornada de trabajo, leyes 24.557, 26.773 y 27.348 de Riesgos del Trabajo y ley 19.587 y decreto 351/979 sobre Higiene y seguridad.

Como fue anticipado, pese a ese marco de compromisos jurídicos, en la Asamblea de la ONU de septiembre 2024 Argentina declaró su divergencia con el Pacto para el Futuro.

8. Nuestra mirada desde el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Más allá del papel que nos cabe a los especialistas en la materia, pensamos que nos incumbe en particular a nosotros sentirnos convocados para buscar respuestas paliativas a fin de enfrentar la incidencia del cambio global en los empleos y en las condiciones de trabajo mediante la aprobación de normas actualizadas de higiene y seguridad en el trabajo y realizando el control estricto e intensivo de su cumplimiento, sobre todo en las actividades y lugares más expuestos a los riesgos climáticos; así como imaginando y proponiendo respuestas de la Seguridad Social para atenuar los peores y más drásticos efectos dañinos sobre las personas, los grupos y segmentos la sociedad así expuestos.

Es de sobra conocida la trascendencia de las condiciones de trabajo y de condiciones de trabajo dignas para las trabajadoras y los trabajadores y ello debido a la naturaleza y la dignidad humana de las personas que laboran, ya que las condiciones de labor constituyen un elemento central en el enfoque de las relaciones laborales, siendo del caso memorar que el art. 14 bis de la Constitución Nacional argentina impone el deber de asegurar condiciones dignas y equitativas de labor.

Sin embargo, las limitaciones económicas, financieras y de desarrollo técnico en las empresas de origen local, que no poseen capitales intensivos ni acceso fluido a financiación externa, provocan en Latinoamérica cierta resistencia a respetar a rajatabla lo que la OIT denomina “trabajo verde”, sobre todo en los sectores más sensibles del empleo: agricultura, ganadería, industrias extractivas, pesca, etc.

Es inocultable, por añadidura, que hay una tensión no resuelta entre las exigencias de inversión que trae una industria y cualquier emprendimiento

sustentable frente a la necesidad de los ingresos que industrias como las extractivas generan a los estados, lo que provoca que se descuide la sustentabilidad ambiental para no poner obstáculos a tales explotaciones que generan ingresos impositivos, empleo local y movimiento económico. Y no sólo los gobernantes sufren ese dilema, sino también los propios sindicatos que dudan entre exigir protección y saludar nuevas fuentes de empleo.

Asimismo, hay que recordar que el deber de garantizar condiciones de trabajo dignas no aplica exclusivamente al trabajo dependiente sino a toda forma de trabajo. Si bien en el trabajo dependiente o subordinado o por cuenta ajena es deber esencial de los empleadores garantizar tales condiciones, con relación al trabajo autónomo en toda sus formas (verdaderos autónomos y dependientes disfrazados de autónomos) ese deber está en la órbita del estado.

Resulta oportuno recordar que condiciones de trabajo no son únicamente la constitución del entorno laboral (establecimiento, lugar de trabajo, fábrica, tienda, oficina, taller, etc.), las características de las labores y de los elementos de trabajo (herramientas, materiales, insumos, etc.). También están constituidas por el medio ambiente que, como ya es una obviedad innegable, para personas y gobiernos racionales, también repercute sobre las personas y todas las formas de vida sobre el planeta.

Asimismo, aunque resulte revulsivo admitirlo, también conforman el medio ambiente laboral: las catástrofes naturales y desequilibrios ecológicos (Inundaciones, Temblores, Descargas provocadas por tormentas eléctricas, Tempestades, Ciclones, Maremotos, etc.), los Riesgos biológicos (Virus, Hongos, Bacterias, Parásitos, Picaduras y mordeduras), los Riesgos químicos (Polvos y Líquidos irritantes, Humos, Gases, Vapores, etc.), los Riesgos físicos (Ruido, Vibraciones, Temperaturas, Iluminación, Humedad, presión ambiental, etc.), los Factores tecnológicos, etc.

Debemos remarcar que, ante los efectos nocivos del cambio climático que se extienden a aspectos poblacionales, sociales, culturales, técnicos, etc., tiene lugar la mirada del Derecho como organizador de herramientas sociales dirigidas a enfrentar ese cambio y también a mitigar los desastrosos efectos que el cambio climático provoca en el planeta y en todas las formas de vida.

Para ello, el Derecho se vale de acuerdos internacionales, regionales y multinacionales como los reseñados, leyes, políticas nacionales, etc. -cuya eficacia, como luego veremos, es hasta ahora discutible- pero también es necesario un cambio cultural, en la acción de las personas individuales y de los grupos sociales.

El cambio climático y la alteración por la contaminación ambiental enferman y matan, y nadie duda de ello y por ello el desafío es, como lo propusiera el informe de 1987 de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo "Nuestro futuro común", conocido por Informe Brundtland, "*satisfacer las necesidades del presente sin comprometer las de futuras generaciones*", con principios del desarrollo sustentable como eficiencia económica pero también con equidad intergeneracional y justicia social.

No obstante, a la par, creemos que se debe cuidar el futuro sin sacrificar el presente ni el futuro inmediato de las poblaciones más vulnerables.

Es decir que, más allá del enfoque global e internacional de esta problemática, deberíamos exigir que los gobiernos nacionales tomen medidas inmediatas, concretas y efectivas para enfrentar el drama ambiental y sus efectos sobre las condiciones de trabajo de las personas que trabajan y desarrollan actividades, sea por cuenta propia o por cuenta ajena, con menos reuniones burocráticas, menos declaraciones vacías de eficacia, y más acciones concretas.

En la conferencia de la ONU sobre el clima CPO29 celebrada en Bakú (Azerbaiyán) que concluyó el 24 de noviembre, el premio nobel de la paz 2007 profesor Ratan Lal, director del "Centro de Manejo y Secuestro de Carbono" de la Universidad Estatal de Ohio, exigió "menos declaraciones bonitas y pasar a la acción".

9. Otro ángulo de análisis, el escepticismo

No tenemos dudas de que el planeta y la vida sobre éste están en peligro por el cambio climático global, pero sentimos que igualmente grave, pero sobre todo inminente, es la posible catástrofe regional, continental o planetaria que pueden provocar las guerras con la que juegan algunas grandes potencias e,

incluso, algunas naciones subdesarrolladas en lo social y económico, pero con tecnología armamentística o que, careciendo de ésta, gastan sumas fabulosas para la compra de armas, en lugar de invertir las en desarrollo.

Asimismo, constituye un problema dramático y que merecería mayor atención el número de personas que día a día pierden la vida o su integridad física por las malas condiciones de trabajo a las que las someten sus empleos, porque la mayoría de las naciones latinoamericanas cumple poco o mal sus normativas sobre prevención, higiene y seguridad en el trabajo o adormecen sus conciencias tramitando los infortunios mediante mecanismos jurídicos compensatorios que, de todos modos, no evitan que año a año se pierdan vidas, brazos, mano, piernas, etc. sea por ineficientes condiciones de trabajo, por catástrofes o, incluso, por accidentes de tránsito.

Países como Argentina siguen mostrando condiciones de trabajo y medio ambientales de labor nocivas, que provocan todavía altísimo número de enfermedades y accidentes. Es este un país que no se muestra preocupado por las condiciones de trabajo -de dependientes y tampoco de autónomos no empresariales- y que ha entrado al siglo 21 con un estado de situación algo mejor pero muy parecido al del último cuarto del siglo pasado.

En ese sentido, vemos muy bien hablar del cambio climático y del calentamiento global, pero pensamos que se debería prestar también mucha atención al daño que las condiciones de trabajo generan todos los días, causando accidentes de trabajo y enfermedades vinculadas al empleo y al respecto no vemos, al menos en Latinoamérica, una auténtica preocupación estatal.

Por todo ello, queremos poner el foco en que la falta de empleo y de empleo de calidad llevan a la miseria y a la exclusión, condiciones que matan y enferman aquí y allá, hoy y ahora, y, por eso, proponemos reflexionar acerca de la interrelación que debería existir entre las campañas para enfrentar el cambio climático y la protección de las economías que, como las de la mayoría de las regiones de Sudamérica, están al margen del ultra desarrollo industrial y, aunque expuestas a los perniciosos efectos del cambio climático, no están en condiciones de una transformación que les permita cambiar el modo de producir.

Como señaláramos antes, consideramos que debe velarse más enfática y urgentemente por el presente y por el futuro cercano que por un futuro predecible pero incierto y más distante en el tiempo.

Esta mirada propuesta no significa que deba dejarse de lado la necesidad de cuidar al planeta y a sus habitantes humanos, animales y vegetales. Ninguna idea llevada al extremo del fanatismo es buena en sí y entendemos que los distintos valores, como el cuidado ambiental, la necesidad de asegurar condiciones de trabajo dignas, la preservación o incremento del empleo, una equitativa distribución de los ingresos (PBI) y un crecimiento equilibrado de todos los segmentos de cada sociedad deben ser manejados de manera conjunta.

Latinoamérica está atravesada por las economías informales, por el empleo informal y precario, por el subdesarrollo cultural, económico y social, con niveles de exclusión social alarmantes y, por ello mismo, opinamos que es razonable preguntarse ¿de qué modo colabora para superar o aminorar esa situación deficiente la búsqueda del llamado “desarrollo sustentable”?

O, acaso, ¿esa búsqueda obstaculiza en Latinoamérica, o en África, el mero desarrollo?

No adscribimos al discurso medievalista de gobernantes que cuestionan el Pacto del Futuro, porque creemos en la problemática ambiental y climática, y no por dogma de fe sino porque, como Santo Tomás, lo palpamos a diario, lo vemos en dramas como el muy reciente de Valencia, y lo sentimos muy cercano y actual.

Sin embargo, terminamos coincidiendo con muchas de las críticas que se hacen a esos planes globales en los aspectos operativos, aun cuando no creemos, obviamente, en teorías imaginativas y delirantes acerca de que estas iniciativas vayan en busca de un “gobierno mundial” o un modo de control por parte de las potencias. En esta línea de pensamiento veamos la crítica que se formula a la Agenda 2030 y sus secuelas.

Se le critica a la Agenda 2030 que la falta de financiamiento adecuado y sostenible es un obstáculo importante para la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible y ello parece irrefutable; también se le cuestiona una implementación desigual ya que los países más ricos cuentan con más recursos

y capacidades para avanzar en la Agenda , mientras que los países en desarrollo a menudo luchan por cumplir con los objetivos debido a limitaciones estructurales y políticas, afirmación muy difícil de negar; se señala que hay una notable diferencia en las capacidades de infraestructura y tecnología, que no están disponibles para todos los países y no vemos manera de desarticular esa crítica; se le achaca que los gobiernos a menudo no involucran suficientemente a la sociedad civil, las comunidades y otros actores relevantes en la formulación e implementación de políticas relacionadas con los ODS y nos parece una apreciación exacta; se aduce que faltan mecanismos efectivos para el monitoreo y la evaluación de los progresos hacia los ODS y vemos inobjetable esa aseveración; se denuncia desconexión entre políticas y realidades locales ya que las políticas impulsadas por la Agenda 2030 no se alinean adecuadamente con las realidades locales y las necesidades específicas de las comunidades, denuncia que vemos válida.

Asimismo cabe admitir que está acreditado, por ejemplo, el relativo incumplimiento de los compromisos establecidos en el Acuerdo de París que fijan objetivos claros para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y evitar que la temperatura global aumente más de 2°C respecto de los niveles preindustriales.

10. Medidas propuestas por Naciones Unidas

Más allá de tales cuestionamientos y de las dudas que pueden suscitarse, es necesario decir que Naciones Unidas ratificó la metas de limitar el aumento anual de la temperatura global y mantiene el objetivo colectivo de reunir 100.000 millones de dólares por parte de los Estados Unidos para combatir las consecuencias climáticas.

En materia energética se busca para 2030: triplicar la capacidad mundial de energía renovable; duplicar la tasa media anual mundial de mejora de la eficiencia energética; eliminar gradualmente la generación de energía a partir del carbón; y conseguir la adopción de sistemas energéticos con cero emisiones netas.

El Pacto del Futuro incluye también la globalización de los sistemas de alerta temprana y la discusión de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre la contaminación por plásticos para finales de 2024.

La Organización de las Naciones Unidas planteó los pasos a seguir para los líderes del mundo como una extensión de la Agenda 2030 y el Pacto del Futuro propone una serie de reformas y medidas en las instituciones internacionales, en redes sociales y en una tecnología en constante evolución como es la Inteligencia Artificial.

11. Medidas adoptadas en el mundo

Para reducir la dependencia de los combustibles fósiles, muchos países han invertido en energías limpias como la solar, la eólica, la hidroeléctrica y la geotérmica; han implementado leyes para limitar las emisiones industriales, mejorar la eficiencia energética, y controlar los contaminantes de los vehículos y otras fuentes; también existen mercados de carbono, en los que se fijan precios para las emisiones de CO₂ y se establecen límites a las emisiones que pueden intercambiarse entre empresas.

Se han impulsado programas de reforestación y restauración de ecosistemas para mejorar la captura de carbono; las tecnologías de captura y almacenamiento de carbono, así como otras innovaciones, han recibido financiación para ayudar a capturar y almacenar CO₂ de la atmósfera y reducir las emisiones de industrias clave.

Además, muchos países también están invirtiendo en estrategias de adaptación, como mejoras en los sistemas de gestión de agua y agricultura, y protección de comunidades vulnerables.

Pero, pese a ello vemos que resultados arroja una suerte de balance provisorio actual.

La temperatura Global Media continúa aumentando, pese a que los acuerdos internacionales buscan limitar el aumento a 1.5 °C. Las tendencias actuales sugieren que podríamos superar este límite en las próximas décadas si no se intensifican las acciones de mitigación.

Concentración de Gases de Efecto Invernadero (GEI): la concentración de CO₂ en la atmósfera ha continuado aumentando y en 2023 alcanzó niveles históricos. Aunque las tasas de crecimiento de CO₂ se han desacelerado en algunos años, la tendencia sigue siendo ascendente. Los niveles de metano y óxido nitroso también han mostrado incrementos.

Emisiones Globales de CO₂: crecieron en las últimas décadas, aunque el ritmo de aumento ha disminuido en algunos años recientes debido a las políticas ambientales y al avance de las energías renovables. La pandemia de COVID-19 causó una caída temporal en las emisiones, pero estas se recuperaron rápidamente en 2021 y 2022. En general, las emisiones siguen siendo demasiado altas para cumplir con las metas de la Conferencia de París.

Uso de Energías Renovables: hay un crecimiento notable en el uso de energías renovables, especialmente solar y eólica, que ahora representan una parte significativa de la capacidad eléctrica instalada en varios países. Sin embargo, el ritmo de adopción sigue siendo menor al necesario para reemplazar completamente a los combustibles fósiles en el corto plazo. La transición es prometedora, pero lenta en comparación con los objetivos climáticos y los efectos dañinos del cambio climático que no conceden prórrogas ni suspensiones.

Tasa de Deforestación y Cobertura Forestal: aunque algunos países han logrado reducir la deforestación o incluso incrementar la reforestación, la tala y eliminación de bosques sigue siendo un problema crítico, particularmente en regiones como el Amazonas.

Acidificación de los Océanos: ha aumentado en línea con la absorción de CO₂.

Avance en Adaptación y Resiliencia: existen mejoras en la adaptación en muchas regiones, especialmente en áreas que implementan sistemas de alerta temprana y planes de respuesta a desastres. No obstante, muchas comunidades, particularmente en países en desarrollo, siguen siendo altamente vulnerables y carecen de recursos para enfrentar los impactos del cambio climático.

Corolario: los fenómenos climáticos extremos han aumentado en frecuencia e intensidad y las soluciones no se vislumbran a corto plazo y este balance actual provisorio es el que justifica la mirada pesimista y alarmada que estamos compartiendo.

12. La Relación entre Empleo y Desarrollo Sostenible

El empleo sostenible se refiere a trabajos que son productivos, que generan ingresos justos, que ofrecen seguridad en el lugar de trabajo y que promueven la sostenibilidad ambiental. Por ejemplo, las industrias contaminantes pueden generar empleo, pero a costa de dañar ecosistemas y afectar la salud pública.

Es esencial promover sectores económicos que no solo generen empleo, sino que también respeten los límites del planeta, pero, reiteramos la idea, ello luce fácil hacerlo en Latinoamérica

Los gobiernos deberían implementar sólidas políticas públicas que promuevan empleos sostenibles y mejoren las condiciones laborales, con regulaciones más estrictas sobre seguridad laboral, incentivos para empresas que adopten prácticas sostenibles y programas de capacitación para trabajadores.

Aunque...¿si no se hace cumplir estrictamente la legislación sobre higiene y seguridad en el empleo, objetivo más acotado, cómo esperar que se hagan cumplir objetivos más amplios y complejos?

También es necesario un programa de reemplazo de las energías tradicionales por las energías limpias; la agricultura debería tornarse sostenible, mejorando las condiciones laborales en zonas rurales.

La economía circular en el mercado laboral, es decir un modelo de producción y consumo que busca reducir la generación de residuos y maximizar el uso de los recursos, economía basada en la reutilización, reparación, renovación, reciclaje y alquiler de productos y materiales, constituye otra herramienta útil a adoptar y desarrollar por los gobiernos, aun cuando vaya contra la políticas de empresas industriales que se basan en la llamada

obsolescencia programada, que se logra técnicamente, así como en la cultura del reemplazo y abandono de productos lanzados al mercado poco tiempo antes.

Deberían también sancionarse políticas de protección social que amparen a hogares ante pérdidas de ingresos por fenómenos vinculados con el cambio climático (por ejemplo, como consecuencia de las sequías), o que ofrezcan transferencias condicionadas a la protección del entorno natural (pago por servicios ambientales, como algunos programas en Brasil o Costa Rica), así como para asegurar los ingresos y la transición a otros puestos de trabajo entre quienes puedan verse perjudicados por dicha transición.

Se deberían desarrollar aptitudes y competencias para nutrir la demanda para nuevos puestos de trabajo en reforestación, reconversión y eficiencia energética, protección y descontaminación de aguas, etc.

El diálogo social puede ayudar a encontrar soluciones para mejorar la sostenibilidad dentro de la empresa y puede operar como mecanismo de supervisión.

13. Conclusiones

1. Creemos en el cambio climático, en sus catastróficos efectos sobre el planeta

2. Opinamos que las naciones y sus gobiernos tienen que tomar acciones concretas y eficientes para conjurar los efectos dañosos del cambio climático y el calentamiento global y pedimos “menos lemas y consignas y más acción efectiva”;

3. También pensamos que los países menos desarrollados deben dar preeminencia y prioridad a las grandes deficiencias sociales que asuelan sus poblaciones: inequitativa distribución del ingreso, falta de acceso o de acceso suficiente a la salud, al trabajo, a la educación, a la conectividad, a las vías de comunicación, al conocimiento y desarrollo científico y técnico, al crédito, etc.

Opinamos que estos países, los nuestros, deben atender prioritariamente los problemas endémicos que provocan y sostienen el subdesarrollo, sin desentenderse del cambio climático. Propiciamos que sean las grandes

potencias (China, EEUU, Francia, Gran Bretaña, Alemania, etc.) las que se pongan sobre sus hombros la política de rescate del planeta ya que fueran éstas quienes más hicieron para dañarlo y las que están en mejores condiciones económicas, culturales, políticas y tecnológicas para tomar medidas eficientes.

Después de todo, como informa ONU, los más ricos son los que tienen mayor responsabilidad: el 1% de la población mundial con mayor riqueza, en conjunto genera más emisiones de gases de efecto invernadero que el 50% más pobre y, obviamente, la mayor acumulación de riqueza se encuentra en las naciones más desarrolladas mientras que la pobreza se enseñorea en los países subdesarrollados, especialmente de Latinoamérica y África.

4. Claro está que paralelamente los gobiernos nacionales deben dedicarse intensamente a resolver los problemas que plantea el cambio climático sobre las condiciones de trabajo en su territorio.

5. Y, asimismo, postulamos que las Naciones Unidas deberían generar menos reuniones burocráticas, menos lemas y consignas rimbombantes y concentrarse, fundamentalmente, en mantener la paz y en consensuar políticas concretas con las naciones más poderosas e influyentes del planeta.

Después de todo, hay más riesgo actual a una hecatombe nuclear de alcances impredecibles que de los progresivos daños derivados del cambio global y el calentamiento del planeta.

6. Como afirmara Guillermo Montt en el documento "*La OIT y la integración de la sostenibilidad medioambiental en el trabajo*", el desafío es grande y urgente y, de no mediar acción inmediata, un futuro con cambio climático y deterioro ambiental podría ser catastrófico en algunas regiones, incluida América Latina y el Caribe. La sostenibilidad medioambiental es urgente también para el mundo del trabajo, pues el trabajo está íntimamente ligado al medio ambiente.

7. Sin embargo, nos invade la sombría convicción de que ni los gobiernos ni las Naciones Unidas van a resolver este grave problema y que, en todo caso, podría ser la ciencia la que encuentre la solución para reducir los gases atmosféricos.

Y, mientras tanto, el Derecho Social deberá cumplir su histórico rol tratando de mitigar la incidencia de esta situación sobre las condiciones de trabajo de las personas, tendrá que trabajar para impulsar el desarrollo equitativo de los pueblos más expuestos y también deberá hacer lo posible para atenuar las contingencias sociales padecidas por las poblaciones más débiles.

DERECHO DEL TRABAJO Y MEDIO AMBIENTE

LABOR LAW AND ENVIRONMENT

Luiz Carlos Amorim ROBORTELLA

Socio fundador de Robortella e Peres Advogados, San Pablo (Brasil). Doctor en Derecho del Trabajo por la Universidad de San Pablo (Brasil). Presidente Honorario de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo. Miembro de número 29 de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

luiz.carlos@robortella.com.br

Fecha de envío: 27/11/2024

Fecha de aceptación: 24/01/2025

DERECHO DEL TRABAJO Y MEDIO AMBIENTE

Luiz Carlos Amorim ROBORTELLA

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Resumen: El presente trabajo analiza la relación entre el derecho laboral y la protección ambiental en el contexto de las transformaciones económicas y tecnológicas actuales. Examina cómo la crisis ecológica y la desigualdad afectan a los trabajadores, destacando la fragmentación del empleo, la precarización laboral y los impactos de la economía digital. Se propone una visión ampliada del medio ambiente laboral, que no solo abarque los riesgos físicos, sino también los efectos psicológicos y sociales del trabajo en la era digital, como el estrés, el burnout y la desconexión. Asimismo, el autor enfatiza la necesidad de políticas públicas y marcos normativos que integren la sostenibilidad ambiental y laboral, promoviendo un neocorporativismo ambiental basado en la participación de empresas, sindicatos y el Estado. Se abordan conceptos como la responsabilidad social empresarial, la negociación colectiva y los estándares ESG como mecanismos clave para garantizar un entorno de trabajo seguro y saludable en un mundo en transformación.

Palabras clave: Medio ambiente laboral - Precarización del trabajo - Derecho a la desconexión - Responsabilidad social empresarial - Sostenibilidad laboral

Sumario: 1. La marcha de los insensatos. 2. Reflejos en el trabajo. 3. Derecho ambiental del trabajo. 4. Cambios en el perfil del trabajador. 5. Responsabilidad social de la empresa. 6. Negociación colectiva y protección. 7. Constitución brasileña. 8. Eliminación de los agentes nocivos. 9. Conclusión.

Abstract: This paper analyses the relationship between labour law and environmental protection in the context of current economic and technological

transformations. It examines how the ecological crisis and inequality affect workers, highlighting the fragmentation of employment, job insecurity and the impacts of the digital economy. It proposes an expanded view of the work environment, which encompasses physical risks and the psychological and social effects of work in the digital age, such as stress, burnout and disconnection. The author also emphasises the need for public policies and regulatory frameworks that integrate environmental and labour sustainability, promoting an environmental neo-corporatism based on the participation of companies, unions and the State. Concepts such as corporate social responsibility, collective bargaining and ESG standards are addressed as key mechanisms to guarantee a safe and healthy work environment in a changing world.

Key words: Work environment - Precarious employment - Right to disconnect - Corporate social responsibility - Work sustainability

Summary: 1. The march of the fools. 2. Reflections at work. 3. Environmental labour law. 4. Changes in the profile of the worker. 5. Corporate social responsibility. 6. Collective bargaining and protection. 7. Brazilian Constitution. 8. Elimination of harmful agents. 9. Conclusion.

1. La marcha de los insensatos¹

Vemos una espantosa marcha de la insensatez en el planeta, a bordo de un barco a la deriva, sin destino, sin visibilidad, sin brújula, con mares tormentosos y al borde del naufragio. Es difícil saborear los frutos de la modernidad sabiendo que el futuro de nuestros hijos y nietos está en peligro.²

Desafortunadamente, la política, el capital y el trabajo están unidos en la destrucción de la naturaleza.

En el mundo occidental y en Europa del Este se produjo una violenta ruptura con principios e instituciones que parecían valores éticos y jurídicos cristalizados.

La concentración sin precedentes de la riqueza crea millonarios, multimillonarios e incluso billonarios, a veces en un corto espacio de tiempo, aumenta la influencia del poder económico sobre el Estado nación y debilita la gobernanza de las democracias.

La humanidad ha resuelto el problema de la producción de riqueza, pero se enfrenta al grave problema de su distribución.

En América y Europa, el Estado democrático está siendo socavado o incluso destruido por guerras, ideologías autoritarias y líderes populistas que se aprovechan de las reglas de la democracia para corromperla con demagogia y manipulaciones electorales.

Descaradamente, cuando son derrotados en las urnas, difunden mentiras y acusan a sus oponentes de fraude.

Otros se aferran al poder por la fuerza de las armas, persiguiendo a sus opositores y manipulando el Estado con sus cómplices.

La financiarización de la economía y el extremismo, sobre todo de derechas, están provocando un grave retroceso cultural, social, político y medioambiental.

La naturaleza devastada reacciona con catástrofes climáticas por todas partes.

¹ En la investigación colaboró la asistente e investigadora Gabriella Francynni Rodrigues da Silva.

² Maalouf, Amin, *Le déreglement du monde*, Éditions Grasset & Fasquelle, París, 2009, p. 12.

Una gran amenaza para las democracias es el uso delictivo de las redes sociales, el desprecio por la ciencia, los derechos humanos y la cultura, agravados por el negacionismo ante el grave problema climático.

2. Reflejos en el trabajo

La desigualdad crece en distintos grados en todo el mundo; la pobreza y la informalidad provocan la desintegración social. Esta triste situación afecta a la sociedad del trabajo.

Es muy difícil movilizar a los trabajadores.

Cuando más se les necesita para protagonizar la defensa de sus derechos, se encuentran divididos y segmentados como nunca, constituyendo una realidad multiforme y heterogénea que conduce al aislamiento y al individualismo, en detrimento de la acción colectiva.

Junto al clásico empleado, han surgido nuevas figuras, como los teletrabajadores nacionales e internacionales, los autónomos, los autónomos exclusivos, los autónomos dependientes, los microempresarios, los empleados eventuales, los precarios, los temporales, los intermitentes, los plataformizados, etc.

De hecho, para muchas personas, trabajar por cuenta ajena no significa una mejor calidad de vida. Los bajos salarios, la inseguridad laboral, las fusiones y adquisiciones y la llamada modernidad líquida —no se sabe quién es el destinatario del servicio— han cambiado el perfil de trabajadores y empresas en la lucha por sobrevivir en la jungla tecnológica.

Las fronteras nacionales se rompen, los lazos de solidaridad entre el capital y el trabajo se deshilachan y surge un hiperindividualismo.

Las personas vulnerables se autodenominan emprendedores porque exigen libertad y autonomía en el trabajo, actuando a menudo al margen de la ley y de las estructuras reguladoras. Se autocalifican orgullosamente como emprendedores y así es como les tratan las plataformas y los proveedores de servicios, como puede verse en la uberización.

Este hiperindividualismo les aleja de las agendas que marcan la historia social de los sindicatos y las asociaciones de trabajadores.

Por el contrario, rechazan a los sindicatos y, a su vez, son rechazados por ellos o utilizados como moneda de cambio en las negociaciones colectivas que apuntan a beneficiar al empleado tradicional.

Estoy convencido de que la alienación colectiva de los trabajadores contribuye a la apatía de las instituciones políticas nacionales e internacionales, que sufren un verdadero acoso por parte del extremismo y el negacionismo ideológicos, lo que impide avanzar en las cuestiones medioambientales.

Esta anestesia social afecta todas las formas de vida animal, vegetal y mineral, yendo mucho más allá de los intereses de los trabajadores.

Vivir rodeado de un medio ambiente sano es un derecho humano fundamental de tercera generación, según la moderna teoría general del derecho.

El medio ambiente es de propiedad colectiva y de interés para todos. Lo que se preserva es el acceso a la calidad de vida, para que la salud corporal y mental no se vea afectada por las agresiones derivadas de la contaminación ambiental, el beneficio a cualquier precio, la violencia, el acoso y las nuevas tecnologías.

El medio ambiente sano requiere una relación ecológicamente equilibrada entre las distintas especies de animales, plantas y flores, así como la preservación de los ríos, los océanos y la atmósfera.

La anterior clasificación abstracta de los fenómenos físicos, químicos o ambientales basada en la teoría del riesgo profesional es anacrónica.

Se ha superado la tipificación clásica de los accidentes y enfermedades del trabajo, entre otras cosas porque está vinculada a normas mecánicas y analógicas y, además, suele estar dirigida al trabajador y a su actividad en el local del empleador.

Resulta que los riesgos para el trabajo humano van hoy más allá de las ocupaciones tradicionales.

Las distintas formas en que se configuran los factores de producción, la organización del trabajo y las relaciones interpersonales escapan a las normas preestablecidas.

El daño ambiental afecta a intereses difusos y colectivos y no se ajusta a las limitaciones objetivas y subjetivas de la teoría del riesgo profesional.³

Hoy debemos cuidar el riesgo laboral-ambiental, alineado con el equilibrio del medio ambiente en todas sus acepciones.

La sociedad 4.0, la *Gig Economy* y la inteligencia artificial requieren la ampliación conceptual del medio ambiente de trabajo.

Las relaciones humanas son remotas, mediadas por conexiones a Internet, nubes de datos, sistemas informáticos, telemática y plataformas digitales, todo ello inserto en un escenario de hiperconexión⁴.

Un orden público tecnológico o ambiental requiere la participación intensa del Estado, las empresas, los consumidores, los trabajadores y las asociaciones.

En pocas palabras, necesitamos introducir una especie de **neocorporativismo ambiental**.

Este derecho ambiental construido democráticamente puede preservar la calidad de vida, la salud y el equilibrio de la naturaleza.

3. Derecho ambiental del trabajo

El enfoque moderno del derecho ambiental del trabajo se aleja de los estrechos conceptos de insalubridad, peligrosidad o incluso penosidad y alcanza una dimensión axiológicamente más amplia y densa: la salud física y mental.

El entorno digital crea nuevas enfermedades y trastornos mentales, ampliándose objetivamente.

³ EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O meio ambiente do trabalho equilibrado e a conformação do direito fundamental ao trabalho digno. In: DELGADO, Gabriela Neves. Direito fundamental do trabalho digno no século XXI. São Paulo, LTr, Vol. I., 2020. p. 263-273.

⁴ CARLOTO, Selma. BANNAK, Daniela Haline. Análise jurídica do meio ambiente laboral no contexto da sociedade 4.0: direitos fundamentais e responsabilidades empresariais. Revista LTr. N. 87-12. 2023. p. 1497-1506.

Hay también una expansión subjetiva para incluir a todo tipo de trabajador, como se observa en algunos ordenamientos jurídicos nacionales y en el propio Derecho Internacional del Trabajo.

Estamos muy lejos de las circunstancias en las que el derecho del trabajo evolucionó históricamente con la intervención estatal y la negociación colectiva.

Lo que importa es proteger el ambiente donde se realiza el trabajo, cualquiera que sea la condición de su realización.

En una visión más amplia, se deben incluir los factores conductuales que actúan sobre el trabajo humano en todas sus formas, provocando estrés, “burnout”, “boreout” (aburrimiento, frustración) y “brownout” (una forma de apagón de energía), agotamiento físico y mental, ampliando así la protección objetiva del trabajador.

Las causas conductuales son conocidas como acoso moral o sexual o por sus nombres en inglés: *mobbing*, *harassment*, *stalking*, *bullying*, *whistleblowing* y otros.

El *burnout*, estrés laboral crónico, es el resultado del desajuste entre las exigencias de la producción moderna y las limitaciones individuales del trabajador, que empieza a nutrir actitudes negativas hacia el ambiente laboral que le causan sufrimiento.

El síndrome de *boreout* (del inglés “bored”, que significa “aburrido”) es un trastorno causado por la escasa utilización de la capacidad y el talento del trabajador, que provoca desmotivación y depresión.

En el *brownout* (comúnmente conocido como “apagón” energético) se produce una pérdida de motivación y sentido en el trabajo, sin interferencia del empleador.

Otros factores son el miedo a perder el trabajo o el puesto, las represalias empresariales, etc.⁵

Por otra parte, existe una intensa telesubordinación y control del tiempo libre y los horarios, lo que genera el llamado derecho a la desconexión. La vida

⁵ FREITAS, Cláudio. BOYNARD, Carolina. A saúde mental no trabalho, a cultura do assédio e a síndrome de burnout, boreout e brownout. Revista LTr. N. 87-08. 2023. pp. 946-955.

laboral cotidiana está inundada de mensajes por vía telemática, computadoras portátiles, teléfonos móviles, entre otros.

El derecho a la desconexión limita la conectividad excesiva en el trabajo en defensa de la salud.⁶

4. Cambios en el perfil del trabajador

Los cambios en los procesos productivos y la descentralización de la mano de obra modificaron el concepto de ambiente laboral, que cada vez más se extiende a la vivienda y otros entornos urbanos.

La nueva tecnología trastorna la idea de establecimiento, horario y subordinación. Los empleados son más autónomos y los autónomos son más subordinados.

La economía digital proporciona una mayor autonomía en el trabajo, pero, por otra parte, tiene puntos negativos como, entre otros:

- a) aislamiento social y profesional;
- b) hiperindividualismo;
- e) promiscuidad entre el trabajo y la familia;
- g) jornadas de trabajo extenuantes y estrés.

La legislación brasileña garantiza que todos tengan el mismo tratamiento desde el punto de vista ambiental, ya sean empleados propios o de subcontratados.

La disparidad es realmente inaceptable. La preservación de la salud no depende de vínculos legales formales o indirectos porque el medio ambiente nocivo agrede igualmente a todos.

Sin embargo, la seguridad y la medicina del trabajo en Brasil no incluyen a los informales y atípicos, que crearon una nueva clase social: el “precariado”.

El derecho del trabajo solo recuperará funcionalidad, racionalidad y eficiencia cuando se enfoque en la protección de los trabajadores excluidos.

⁶ MARTINS, Adalberto. AMARAL, Felipe Marinho. O direito à desconexão e ao lazer do trabalhador. Revista LTr. N. 86-12. 2022. p. 1500-1510. trabalho, a cultura do assédio e a síndrome de burnout, boreout e brownout. Revista LTr. N. 87-08. 2023. pp. 946-955.

Debe ser un instrumento de política social y económica mediante el equilibrio entre el “hard law” y el “soft law”.

La negociación colectiva y la responsabilidad de la empresa son fórmulas de “soft law”.

5. Responsabilidad social de la empresa

La economía social de mercado contemporánea agrega dos valores esenciales: la salud y el medio ambiente.

El capitalismo debe estar en armonía con la naturaleza y la sociedad humana.

La verdadera riqueza de las naciones se mide por el respeto a la naturaleza, los derechos humanos y la ética en los negocios.

No se pueden aceptar ganancias que perjudiquen la salud del trabajador.

En el capitalismo colaborativo, la empresa debe generar valor para los inversores, trabajadores, proveedores, consumidores y la comunidad.

Es un capitalismo de *stakeholders*, con valores sociales y políticos que van más allá del mero interés del inversor (*shareholder*).

Se está adoptando el denominado estándar ESG como criterio de inversión en el mercado de capitales. Brasil está en la lista de los países más dedicados a este tema en los últimos años.⁷

El estándar ESG constituye el núcleo del capitalismo colaborativo. Aumenta el nivel de socialización de la empresa para atender a los diversos intereses concentrados en ella, incluso de los consumidores.

Hace visible su faceta institucional al ampliar las obligaciones con la sociedad. Va más allá del mero gobierno corporativo. Propone una postura cívica que incide en la misma concepción jurídica de empresa.

Según consultoras internacionales, para el 2025, cerca del 60% de los fondos de inversión observarán el criterio ESG, es decir, casi 9 mil millones de

⁷Valor Globo <https://valor.globo.com/empresas/esg/noticia/2022/02/21/entenda-o-que-e-esg-e-por-que-a-sigla-esta-em-alta-nas-empresas.ghtml>.

dólares americanos, así como alrededor del 80% de los inversores institucionales en sus operaciones.

Para evitar la mera ética del “marketing” (“markethics ou marchétique”) se mide el desempeño lo miden instituciones como el ISSB (International Sustainability Standards Board)⁸.

En definitiva, las empresas que sacrifican los derechos humanos y atacan la naturaleza serán proscritas por los inversores.⁹

La ONU exige que las instituciones financieras y de seguros cumplan con los estándares ESG en análisis de riesgo, crédito e inversión.¹⁰

La OIT publicó en 2006 la “Declaración sobre Justicia Social para una Globalización Equitativa”, que evalúa niveles de protección al trabajo.

La certificación ISO 26000 mide la responsabilidad social corporativa, incluso con base en los convenios de la OIT.

En Brasil, el Banco Central desde 2014 emite resoluciones para gestionar los riesgos climáticos en las actividades empresariales.¹¹

Los propios consumidores exigen productos social y ambientalmente sostenibles.¹²

Por lo tanto, no basta con que la empresa cumpla con las leyes. Ella debe autolimitarse a través de códigos internos que sean un verdadero compromiso, complementando el derecho estatal.

Es innegable la eficacia normativa de estos códigos en temas como la protección del medio ambiente de trabajo, el acoso sexual, el acoso moral, etc.

6. Negociación colectiva y protección

La participación de las entidades sindicales en la prevención y reparación de los daños causados por el ambiente de trabajo es indispensable.

⁸Folha UOL <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/02/empresas-nao-sabem-se-estao-indo-bem-ou-mal-na-agenda-esg.shtml>.

⁹<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/download/85510/80703>.

¹⁰<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/download/85510/80703>.

¹¹Fundação Getúlio Vargas, <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/download/85510/80703>.

¹² Revista Veja, <https://veja.abril.com.br/insights-list/a-nova-face-dos-negocios-o-impacto-do-esg-no-ambiente-empresarial-no-consumo-e-nas-financas/>.

Los intereses colectivos de los trabajadores están en la esencia de la actividad de los sindicatos.

En Brasil, los sindicatos están legitimados para interponer acciones públicas ambientales y juicios de amparo para la protección de la salud, pero solo representan a los empleados.

7. Constitución brasileña

La Constitución de 1988 tiene un capítulo específico sobre el medio ambiente. Exige la reducción de los riesgos inherentes al trabajo, estipula jornadas de trabajo inferiores y adicional por actividades penosas, insalubres y peligrosas, pero también estas normas están destinadas exclusivamente a los empleados.

El texto constitucional creó un formidable Sistema Único de Salud, que atiende a todos y, entre sus funciones, colabora con la protección del medio ambiente. El SUS es responsable de las actividades de protección de la salud de los trabajadores a través de Comisiones Intersectoriales.

Las conductas y actividades nocivas para el medio ambiente someten a los infractores, ya sean personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, además de la reparación del daño.

Como se puede observar, existen obligaciones de la empresa hacia la colectividad, inconfundibles con las dirigidas a sus trabajadores.

8. Eliminación de los agentes nocivos

En 2022, la Conferencia Internacional del Trabajo añadió la seguridad y la salud a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.

Esta decisión histórica obliga a todos los Estados miembros de la OIT a respetar y promover un ambiente de trabajo seguro y saludable, independientemente de la ratificación de los Convenios que tratan este tema.

El Convenio 148 aborda los riesgos profesionales en el lugar de trabajo derivados de la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones.

Cabe destacar el Convenio 190, de 2019, que entró en vigor en junio de 2021, ratificado por 44 países. Se aplica a todos los trabajadores, públicos y privados, independientemente de su situación contractual, así como a los pasantes, voluntarios e incluso a quienes buscan empleo.

Es necesaria una revisión de los conceptos legales de las actividades que causan daño físico a los trabajadores.

Más que indemnizar por el trabajo en condiciones ambientales que causan daño, debemos eliminar o neutralizar los agentes nocivos.

Es necesaria una mayor atención a los aspectos ergonómicos. La ergonomía tiene como objetivo estudiar los sistemas para que las máquinas puedan funcionar en el ambiente de trabajo en armonía con el hombre.

Según algunos estudios, la valoración excesiva del uso de Equipos de Protección Personal como medida de protección de la salud está equivocada, ya que su uso no corrige las deficiencias ambientales ni elimina la acción de los agentes nocivos para la salud en el organismo del trabajador.

Las nuevas tecnologías pueden eliminar por completo el trabajo insalubre, peligroso y penoso.

Sin embargo, sigue habiendo altos niveles de contaminación ambiental, incluso debido a los incendios ocurridos en Brasil en el segundo semestre de 2024, que provocan enfermedades respiratorias y pulmonares, con un alto costo humano y económico.

9. Conclusión

La contaminación del aire, los ríos, los lagos y los océanos afecta profundamente la salud y calidad de vida de los seres vivos en la naturaleza.

Debemos avanzar hacia una noción de “habitat laboral”, es decir, el ambiente de trabajo como factor de calidad de vida del trabajador “lato sensu” y en armonía con los ecosistemas.

Necesitamos más economía verde, empresas verdes, activismo social y políticas verdes para detener los procesos de producción que arruinan la naturaleza.

La Declaración de 1998 sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo impone obligaciones a todos los Estados Parte, independientemente de la ratificación de los convenios de la OIT.

Casi 25 años después, se añadió el quinto principio, que trata del ambiente de trabajo seguro y saludable, a la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. Este quinto principio se aplica a todos los trabajadores del mundo, formales o informales, ya que protege el derecho a una vida saludable en el trabajo, con la reducción de enfermedades y muertes.

Vale recordar que la tecnología puede crear nuevos riesgos laborales y sociales, lo que requiere una constante evolución y actualización de las medidas de protección.

La introducción de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo debe ser objeto de seguimiento, formación y capacitación profesional adecuada y específica, ya que generan nuevos riesgos.¹³

Para terminar, recuerdo el gran compositor brasileño Tom Jobim, que pensó mucho en la naturaleza y la defendió: Brasil es el único país del mundo que lleva el nombre de un árbol, pero ese árbol ya no existe.

¹³ GAURIAU, Rosane. Riscos profissionais, tecnologias “inteligentes”, saúde, segurança e meio ambiente do trabalho. Revista LTr. N. 87-09. 2023. p. 1078-1088.

Bibliografía

- CATALDI, M. J. (1999). “O stress no meio ambiente do trabalho”, Tese de Dissertação de Mestrado, São Paulo, PUC.
- CARLOTO, S. BANNAK, D. H. (2023). “Análise jurídica do meio ambiente laboral no contexto da sociedade 4.0: direitos fundamentais e responsabilidades empresariais”, *Revista LTr*. N. 87-12, p. 1497-1506.
- EBERT, P. R. L. (2020). “O meio ambiente do trabalho equilibrado e a conformação do direito fundamental ao trabalho digno”, en Delgado, Gabriela Neves, *Direito fundamental do trabalho digno no século XXI*, São Paulo, LTr, Vol. I., p. 263-273.
- FIORILLO, C. A. P. y NAHAS, T. C. (1998). “Meio ambiente do trabalho: riscos ambientais e espaços ambientais criados – prevenção e reparação”, en Pamplona Filho, Rodolfo, *Estudos de direito em homenagem a José Augusto Rodrigues Pinto*, São Paulo, LTr.
- FREITAS, C. y BOYNARD, C. (2023). “A saúde mental no trabalho, a cultura do assédio e a síndrome de *burnout*, *boreout* e *brownout*”, *Revista LTr*. N. 87-08, p. 946-955.
- GAURIAU, R. (2023). “Riscos profissionais, tecnologias “inteligentes”, saúde, segurança e meio ambiente do trabalho”, *Revista LTr*. N. 87-09, p. 1078-1088.
- MAALOUF, A. (2009). *Le dérèglement du monde*, Éditions Grasset & Fasquelle, Paris.
- MARTINS, A. y AMARAL, F. M. (2022). “O direito à desconexão e ao lazer do trabalhador”, *Revista LTr*. N. 86-12, p. 1500-1510.
- MARANHÃO, N. (2017). “Poluição labor-ambiental: aportes jurídicos gerais”, *Revista LTr*. N. 81-06, p. 672-679.
- MELO, S. N. y MANCUSO, C. E. (2023). “O mundo do trabalho em transição e a poluição labor-ambiental”, *Revista LTr*. N. 87-09, p. 1338-1345.
- ROCHA, J. C. (1997). *Direito Ambiental e Meio Ambiente do Trabalho*, São Paulo, LTr.

SADY, J. J. (1999). “Direito do Trabalho e o Meio Ambiente do Trabalho”,
Dissertação de Doutorado, São Paulo, Pontifícia Universidade Católica.

Recursos electrónicos

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV - SÃO PAULO,
<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/download/85510/80703>.

REVISTA VEJA, <https://veja.abril.com.br/insights-list/a-nova-face-dos-negocios-o-impacto-do-esg-no-ambiente-empresarial-no-consumo-e-nas-financas/>.

VALOR GLOBO,
<https://valor.globo.com/empresas/esg/noticia/2022/02/21/entenda-o-que-e-esg-e-por-que-a-sigla-esta-em-alta-nas-empresas.ghtml>.

www.revistajuridicadeltrabajo.com

