

ACDCT

Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo

Volumen XIII
Año 2021



INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN
DE LA ASOCIACIÓN CORUÑESA DE
DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ACDCT

Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo

Volumen XIII
Año 2021



INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN
DE LA ASOCIACIÓN CORUÑESA DE
DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ANUARIO CORUÑÉS DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright by © Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

ACDCT aparece indexado en los siguientes índices, catálogos y bases de datos:

- DICE (Difusión y Calidad Editorial de las Revistas Españolas de Humanidades y Ciencias Sociales y Jurídicas), Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) y Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA).
- Latindex, Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, El Caribe, España y Portugal. Universidad Autónoma de México.
- Dialnet Plus (<https://dialnet.unirioja.es>).

Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2019-108189GB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

ISSN: 2792-5145

PRESENTACIÓN

Este nuevo volumen del Anuario del Instituto de Investigación de la Asociación Coruñesa de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social incorpora más contribuciones al estudio del Derecho contemporáneo del Trabajo y de la Seguridad Social, y supone un esfuerzo de crecimiento, si comparado con el volumen inmediatamente precedente del mismo. Expresamos nuestro agradecimiento a todos los colegas que han contribuido a que el nuevo volumen se publique. Y confiamos en que las diversas aportaciones científicas contenidas en este volumen, y relativas a Alemania, España, Estados Unidos de América, Francia, Italia, México y Portugal, contribuyan a arrojar luz sobre la solución de los graves problemas de empleo que padecemos actualmente en España.

El equipo directivo

PRESENTATION

This new volume of the Yearbook of the Research Institute of the Corunnean Association of Labor Law and Social Security Law embodies more contributions to the study of the current Comparative Labor and Social Security Law, and implies an effort of rise, if compared with the immediately precedent volume of the same. We are grateful to all our colleagues who made it possible the publication of this new volume. And we are confident on that the different scientific papers contained in it, and relating to France, Germany, Italy, Mexico, Portugal, Spain, and the United States of America, make a contribution to shed light on the solution of the serious employment problems we are nowadays suffering in Spain.

The directive team

DIRECTOR

Prof. Dr. Jesús Martínez Girón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña, y Presidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

SUBDIRECTOR

Prof. Dr. Alberto Arufe Varela

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña, y Vicepresidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

CONSEJO DE REDACCIÓN

Prof. Dr. Germán Barreiro González

Catedrático jubilado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León.

Prof. Dr. Dr. h.c. Antonio Baylos Grau

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Dr. José M^a Botana López

Magistrado jubilado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Prof^a. Dra. Dra. h.c. María Emilia Casas Baamonde

Presidenta emérita del Tribunal Constitucional, Catedrática emérita de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid, Presidenta de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Prof. Dr. Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.

Prof. Dr. José Ignacio García Ninet

Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona.

Prof. Dr. Dr. h.c. Antonio Martín Valverde
Catedrático jubilado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y Magistrado emérito de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Prof. Dr. José Luis Monereo Pérez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada y Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS).

Prof.^a. Dra. María de las Nieves Moreno Vida
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.

Prof. Dr. Dr. h.c. Alfredo Montoya Melgar
Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid, y antiguo Magistrado del Tribunal Constitucional.

Prof. Dr. Antonio Sempere Navarro
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, y Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Prof. Dr. Dr. h.c. Luis E. de la Villa Gil
Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Madrid.

EVALUADORES EXTERNOS

— Nacional: *Prof. Dr. Jaime Cabeza Pereiro*, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Vigo.

— Nacional: *Prof. Dr. Javier Gárate Castro*, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela.

— Nacional: *Prof.^a. Dra. Yolanda Maneiro Vázquez*, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela.

— Nacional: *Prof.^a. Dra. Lourdes Mella Méndez*, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela.

— Nacional: *Prof. Dr. José María Miranda Boto*, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela.

— Nacional: *Prof.^a Dra. Cristina Sánchez-Rodas Navarro*, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla.

— Internacional: *Prof.^a Kristina M. Campbell*, Catedrática de Derecho del Trabajo de la Universidad del Distrito de Columbia-Washington, D.C.

— Internacional: *Prof. Dr. h.c. António Monteiro Fernandes*, Catedrático de Derecho del Trabajo de las Universidades Lusofona y Nova de Lisboa.

— Internacional: *Prof. Dr. Luca Nogler*, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Trento.

DEFINICIÓN

El objetivo del *Anuario* es dar a conocer las problemáticas jurídicas laborales y de seguridad social del Derecho comparado, europeo, latinoamericano y norteamericano, publicando estudios y divulgando publicaciones sobre las mismas, en el ámbito académico-universitario, profesional-forense y judicial, europeo, latinoamericano y norteamericano.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

Salvo cuando se trate de contribuciones recibidas por invitación, en las que habrá que estar a los términos de la invitación previamente cursada, los autores se ajustarán a las siguientes instrucciones:

1ª.- El *Anuario* sólo publica trabajos originales, que deberán ajustarse a la definición, a la temática y al concreto público jurídico al que va dirigido.

2ª.- Los originales en cuestión deberán estar redactados, en lo que concierne al texto, en letra Times New Roman, tamaño 14, interlineado sencillo; y en lo que concierne al aparato crítico, en letra Times New Roman, tamaño 12. Como regla, el máximo de páginas no debería exceder de veinticinco.

3ª.- También como regla, la cita bibliográfica, si se trata de libros, especificará con mayúsculas el nombre del autor, en cursiva el título del libro, y en redonda el número de edición y la editorial, el lugar y el año de publicación (ambos entre paréntesis, separados por una coma), y por último, la página o páginas; y si se trata de artículos de revista, se seguirá el mismo criterio, con la salvedad de que el título del artículo constará entre comillas, y el nombre de la revista en cursiva.

4ª.- Los originales podrán enviarse a nombre de cualquiera de los miembros del Consejo de Redacción del *Anuario*, por correo electrónico, a las direcciones jmg@udc.es o titof@udc.es.

5ª.- Los originales deberán incluir el nombre de la institución de trabajo del autor o autores, así como una dirección de correo electrónico de contacto.

6ª.- A los originales deberá acompañarse un resumen del estudio, en la lengua en que ha sido escrito y, además, en inglés. Igualmente, deberá acompañarse al mismo un elenco de palabras clave, con un máximo de cinco, asimismo redactadas en la lengua de concepción del estudio y en inglés. El título del estudio debe figurar, también, en inglés.

7ª.- Se admiten originales redactados en castellano (y demás lenguas cooficiales de España), al igual que en inglés, francés, alemán, italiano y portugués.

8ª.- Una vez recibidos los originales, y tras valoración de los mismos por los evaluadores externos del *Anuario*, se comunicará por la Dirección o Subdirección del propio *Anuario* la aceptación del Consejo de Redacción, a través de correo electrónico.

9ª.- Como regla general, el período hábil para la recepción de originales comprende hasta febrero del año natural correspondiente al volumen de que se trate, comunicándose la aceptación, en su caso, dentro del mes siguiente a la fecha de recepción del original.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

[TABLE OF CONTENTS]

| | |
|--|----|
| ÍNDICE DE AUTORES [CONTRIBUTORS INDEX] | 15 |
|--|----|

I. ESTUDIOS [RESEARCHES]

- LA LABORALIZACIÓN DE LOS CONDUCTORES DE UBER EN FRANCIA. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DE LA CORTE DE CASACIÓN FRANCESA DE 4 DE MARZO DE 2020 [RECLASSIFICATION AS A CONTRACT OF EMPLOYMENT OF RIDE-HAILING DRIVERS WORKING FOR UBER IN FRANCE. COMMENT OF THE CASE OF THE FRENCH SUPREME COURT MARCH 4TH 2020] **Iciar Alzaga Ruiz**..... 19

- LAS DOS IMPUGNACIONES DE LA CONSTITUCIONALIDAD, EN 2021, DE LA LEGISLACIÓN CALIFORNIANA POSITIVIZANDO LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR NÚM. 22 DE 2020, SOBRE RECLASIFICACIÓN COMO TRABAJADORES AUTÓNOMOS DE LOS TRANSPORTISTAS AL SERVICIO DE PLATAFORMAS DIGITALES [THE TWO CHALLENGES OF THE CONSTITUTIONALITY, IN 2021, OF THE CALIFORNIAN LEGISLATION PASSING INTO LAW THE PROPOSITION No. 22 OF 2020, ON RECLASSIFICATION AS INDEPENDENT CONTRACTORS OF APP-BASED DRIVERS] **Alberto Arufe Varela**..... 31

- LA NUEVA REGULACIÓN DEL DERECHO DE REPARACIÓN EXTRAORDINARIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN ALEMANIA, A TRAVÉS DE LA PROMULGACIÓN DEL LIBRO XIV DEL CÓDIGO DE SEGURIDAD SOCIAL [THE NEW REGULATION OF THE RIGHT TO SOCIAL COMPENSATION IN GERMANY, THROUGH THE ENACTMENT OF THE XIVTH BOOK OF THE SOCIAL SECURITY CODE] **Holger Brecht-Heitzmann**..... 45

- ¿HACIA UN ORDEN JURÍDICO CONSTITUCIONAL EUROPEO E INTERNACIONAL A TRAVÉS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES? LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL [*FOR A EUROPEAN AND INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL LEGAL ORDER THROUGH CONSTITUTIONAL COURTS? THE CONSTITUTIONAL CASE-LAW ABOUT COMPARATIVE LABOR AND SOCIAL SECURITY LAW*] **María Emilia Casas Baamonde** 61

- INTRODUCCIÓN AL DERECHO ITALIANO DE SEGURIDAD SOCIAL [*INTRODUCTION TO ITALIAN SOCIAL SECURITY LAW*] **Camilla Faggioni**..... 125

- EL DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO A CIEN AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1917 [*MEXICAN LABOR LAW ONE HUNDRED YEARS AFTER THE POLITICAL CONSTITUTION OF 1917*] **Patricia Kurczyn Villalobos** 151

- ERRORES DE TRADUCCIÓN JURÍDICA, EN ASUNTOS LABORALES O DE SEGURIDAD SOCIAL, COMETIDOS POR LOS PODERES PÚBLICOS [*MISTAKES OF LEGAL TRANSLATION, IN LABOR OR SOCIAL SECURITY ISSUES, MADE BY PUBLIC POWERS*] **Jesús Martínez Girón** 175

- RENÉ DAVID: EL ENFOQUE CLÁSICO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO COMPARADO Y DEL MÉTODO COMPARATISTA [*RENÉ DAVID: THE CLASSICAL APPROACH TO THE CONSTRUCTION OF COMPARATIVE LAW AND COMPARATIVE METHOD*] **José Luis Monereo Pérez** 185

- LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES EN PORTUGAL [*THE SOCIAL PROTECTION OF INDEPENDENT WORKERS IN PORTUGAL*] **Mário Silveiro de Barros** 245

- *WHISTLEBLOWING: LA TUTELA DEL TRABAJADOR DENUNCIANTE EN PORTUGAL [WHISTLEBLOWING: THE PROTECTION OF THE WHISTLEBLOWER WORKER IN PORTUGAL]* **Luisa Teixeira Alves** 259

II. RECENSIONES DE LIBROS [BOOK REVIEW]

- María Emilia CASAS BAAMONDE, *El Derecho del Trabajo en la emergencia de la pandemia de la COVID-19. ¿Y después?*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (Madrid, 2021), 290 págs. **Jesús Martínez Girón** 291
- Juan José FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y Francisco Xabiere GÓMEZ GARCÍA, *Nuevas tecnologías en los acuerdos marco globales*, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2021), 166 págs. **Alberto Arufe Varela** 295
- Juan GORELLI HERNÁNDEZ, Ángel Luis DE VAL TENA, Iciar ALZAGA RUIZ, Ángel ARIAS DOMÍNGUEZ, Inmaculada MARÍN ALONSO y Miguel GUTIÉRREZ PÉREZ, *Lecciones de Seguridad Social*, 11ª ed., Tecnos (Madrid, 2021), 543 págs. **Iván Vizcaino Ramos**..... 299
- Sara GUINDO MORALES, *Las garantías formales y procedimentales de la resolución del contrato de trabajo por motivos empresariales*, Laborum (Murcia, 2021), 217 págs. **Alberto Arufe Varela** 303
- Yolanda MANEIRO VÁZQUEZ, *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2021), 213 págs. **Jesús Martínez Girón** 307
- M^a de los Reyes MARTÍNEZ BARROSO y Diego MEGINO FERNÁNDEZ, *La formación en un mercado laboral tecnificado*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2021), 169 págs. **Alberto Arufe Varela** 311
- José Luis MONEREO PÉREZ y Pompeyo Gabriel ORTEGA LOZANO, *Los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2021), 661 págs. **Iván Vizcaino Ramos** 315

- António MONTEIRO FERNANDES, *Uma história de leis do trabalho. De como nasceram e cresceram em Portugal (1867-1974)*, Quid Juris? (Lisboa, 2021), 192 págs. **Alberto Arufe Varela**..... 319
- Antonio OJEDA AVILÉS (Director), *Grandes ríos y Derecho del Trabajo. Great rivers and Labour Law*, Laborum (Murcia, 2021), 384 págs. **Jesús Martínez Girón**..... 323
- Alexandre PAZOS PÉREZ, *Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital*, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2021), 280 págs. **Jesús Martínez Girón** 327
- Abel RODRIGUES, *Direito da Segurança Social*, Nova Causa (Braga, 2020), 238 págs. **Mário Silveiro de Barros**..... 331
- UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, *Annual Report to Congress on Department of Justice Activities to Combat Elder Fraud and Abuse*, 18 octubre 2021, 158 págs. **Iván Vizcaíno Ramos**..... 335

III. REVISTA DE REVISTAS [REVIEW OF REVIEWS]*

- *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 229 (2020)..... 341
- *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 22 (2020), núm. 23 (2020), núm. 24 (2020) y núm. 25 (2020)..... 341
- *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55 (2020), núm. 56 (2020) y núm. 57 (2020)..... 344
- *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 152 (2020), núm. 153 (2020) y núm. 155 (2020)..... 346
- *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 61 (2020), núm. 66 (2020), núm. 67-68 (2020), núm. 70 (2020) y núm. 71 (2020)..... 349

* A cargo de **Iván Vizcaíno Ramos**.

ÍNDICE DE AUTORES

[*CONTRIBUTORS INDEX*]

Profesora Doctora Iciar Alzaga Ruiz

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Educación a Distancia-UNED

Profesor Doctor Alberto Arufe Varela

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña, y Vicepresidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

Profesor Doctor Holger Brecht-Heitzmann

Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad Politécnica de la Agencia Federal de Empleo en Schwerin (Alemania)

Profesora Doctora Dra. h.c. María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Licenciada Camilla Faggioni

Investigadora del Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Trento (Italia)

Profesora Doctora Patricia Kurczyn Villalobos

Investigadora TC en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Directora de la Revista Latinoamericana de Derecho Social

Profesor Doctor Jesús Martínez Girón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña, y Presidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

Profesor Doctor José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, y Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)

Profesor Doctor Mário Silveiro de Barros

Profesor Auxiliar invitado del ISCTE-Instituto Universitario de Lisboa, Investigador Asociado de DINÂMIA'CET-ISCTE (Innovación y Trabajo)

Profesora Doctora Luisa Teixeira Alves

Profesora Auxiliar del ISCTE-Instituto Universitario de Lisboa

Profesor Doctor Iván Vizcaino Ramos

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña

ESTUDIOS

[*RESEARCHES*]

LA LABORALIZACIÓN DE LOS CONDUCTORES DE UBER EN FRANCIA. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DE LA CORTE DE CASACIÓN FRANCESA DE 4 DE MARZO DE 2020¹

[RECLASSIFICATION AS A CONTRACT OF EMPLOYMENT OF RIDE-HAILING DRIVERS WORKING FOR UBER IN FRANCE. COMMENT OF THE CASE OF THE FRENCH SUPREME COURT MARCH 4TH 2020]

Icía Alzaga Ruiz

Fecha de recepción: 10 de julio de 2022

Fecha de aceptación: 27 de julio 2022

Sumario: I. EL SUPUESTO DE HECHO.- II. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO FRANCÉS: LA LABORALIDAD DEL VÍNCULO.- III. LAS CONSECUENCIAS DE ESTE PRONUNCIAMIENTO.- IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

Contents: I. THE BACKGROUND OF THE CASE. II. THE DECISION OF THE THE LABOUR CHAMBER OF THE COURT OF CASSATION. III. THE CONSEQUENCES OF THE CASE. IV. CITED BIBLIOGRAPHY.

Resumen: La Sala de lo Social del Tribunal de Casación francés dicta una nueva sentencia sobre los trabajadores de plataformas, tras la sentencia Take Eat Easy. En este supuesto, aclara si la relación que vincula a los conductores de Uber con la empresa es o no laboral. Considera que la relación es laboral y explica pormenorizadamente los motivos que le llevan a alcanzar esa conclusión.

Abstract: This is the second decision rendered by the french Labour Chamber of the Court of Cassation concerning platforms workers, following the ruling handed down in the Take Eat Easy case. The Court clarifies if the relations between

¹ Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación estatal, PID2021-124979NB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

the company Uber and the ride-hailing drivers can or can not be considered an employment contract. It concludes the relation between them is a labour relation and explains why.

Palabras clave: Conductores VTC, Notas de laboralidad, Trabajo en plataformas, Uber

Keywords: *VTC drivers, Conditions of an employment relationship, Platform work, Uber*

* * *

I. EL SUPUESTO DE HECHO

La empresa Uber utiliza una plataforma digital y una aplicación para conectar a los conductores de VTC con los clientes para el transporte urbano.

El demandante —un conductor de Uber— fue contratado por Uber BV con fecha 12 de octubre de 2016, mediante la firma de «un formulario de un registro de colaboración». La prestación de servicios se realizaba a través de la plataforma Uber. El conductor alquiló un vehículo a una entidad colaboradora de dicha sociedad y se inscribió en el Registro Mercantil como trabajador por cuenta propia para el transporte de viajeros.

Con fecha 22 de abril de 2017, la empresa desactivó la cuenta del demandante. El trabajador interpuso demanda ante la jurisdicción social en la que solicitaba la reclasificación de su relación contractual con Uber como contrato de trabajo, así como el pago de los salarios atrasados y de la correspondiente indemnización por despido.

El Tribunal de Apelación, en sentencia de 10 de enero de 2019¹, que revocó la decisión de primera instancia, sostuvo que el contrato de colaboración firmado por el conductor y Uber era un contrato de trabajo y remitió el caso al *Conseil des prud'hommes* para que se pronunciara sobre el fondo de las reclamaciones de recalificación de la relación, indemnización por despido, salarios adeudados y daños y perjuicios.

Interpuesto recurso ante el Tribunal Supremo, los argumentos del trabajador para defender la laboralidad del vínculo contractual fueron, en esencia, los siguientes: *a)* Inexistencia de libertad para conectarse a la aplicación Uber, pues en virtud del contrato suscrito, la empresa podía en cualquier momento, y a su discreción, impedir la conexión; *b)* Inexistencia de libertad para elegir el horario de prestación de servicios; *c)* Imposibilidad de rechazar o de anular un servicio de transporte, por los efectos negativos que ello supone para el mantenimiento de la prestación de actividad; *d)* El poder de dirección era ejercido por la empresa Uber, que impartía las órdenes e instrucciones relativas a la ejecución del servicio, estando el

¹ PASQUIER, T.: «Les plateformes numériques dans la tourmente, commentaire de l'arrêt CA Paris du 10 janv. 2019», *Semaine Sociale Lamy*, nº 1845, 2019.

trabajador vigilado a través de un sistema de geolocalización, controlado por la empresa.

Por su parte, la empresa defendía la no laboralidad del vínculo en base a los siguientes argumentos: *a)* Uber es una empresa intermediaria de transporte, que pone en contacto a profesionales independientes, que prestan servicio de transporte con personas que desean beneficiarse del mismo y que utilizan la aplicación; *b)* La contratación mercantil se realiza tanto con conductores independientes como con empresas de transportes que trabajan con conductores, sin que exista obligación de prestar el servicio, ni tampoco obligación de exclusividad; *c)* No concurre la nota de subordinación jurídica en la medida en que el contrato no implica ninguna facultad de la plataforma para exigir al conductor que realice un trabajo para ella o incluso que permanezca a su disposición durante un período determinado; *d)* Los conductores no reciben órdenes, ni instrucciones de la empresa, sino unas meras «reglas básicas» de cortesía y buenos modales y seguridad vial, inherentes a la actividad de un conductor de una VTC. La posibilidad de rescindir el contrato de colaboración en caso de incumplimiento de esas obligaciones no puede ser entendida como una facultad disciplinaria, sino como una facultad de rescindir una colaboración comercial cuando sus términos y condiciones no son respetados por la contraparte; *e)* Resulta aplicable la reforma laboral de 2016, que modificó los arts. 7341-1 y ss. del Código de Trabajo francés, en relación a los trabajadores autónomos que utilizan plataformas para el ejercicio de su actividad profesional, recibiendo órdenes e instrucciones para el desarrollo del servicio de los clientes, que se benefician de la prestación; *f)* Los conductores son libres de conectarse o no a la aplicación, de elegir dónde y cuándo tienen intención de conectarse, sin informar a la plataforma con antelación y de desconectarse cuando lo consideren oportuno.

El contrato que vincula a Uber con el conductor se limita —en opinión de la empresa— a la puesta a disposición de una aplicación tecnológica, que le sirve al conductor para conectarse con potenciales clientes. La empresa no brinda un servicio de transporte, sino que su objeto es la creación de tecnología y mera intermediación entre el conductor y los usuarios del servicio. En concreto, entiende la empresa lo siguiente: «La prohibición de que los conductores ejerzan cualquier otra actividad [...] es una cuestión de seguridad y del más elemental sentido común, ya que un conductor que ha aceptado un viaje debe dedicarse a ello; el seguimiento de un viaje a través de la aplicación Uber no es obligatorio, cada conductor

puede elegir libremente su sistema (como Waze o Google Maps); que los conductores utilizan la ruta que desean para hacer un viaje, siempre que sea apropiada; la espera del pasajero durante diez minutos es una simple recomendación; la dirección y el destino de la recogida no son impuestos por la aplicación de Uber, sino por el pasajero, el único que da la orden; las pocas reglas fundamentales de Uber y los consejos y recomendaciones incluidos en la carta de los objetivos de la comunidad Uber tienen como finalidad garantizar la profesionalidad de los conductores de VTC y son una cuestión de cortesía, buenos modales, sentido común, de la aplicación de reglas elementales la seguridad, así como una cierta calidad de servicio a los pasajeros, y estas normas no pueden ser asimiladas a directivas».

El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso y defiende que el conductor está inmerso en la «galaxia UBER, es decir, en el servicio organizado Uber». Considera la sentencia de apelación «clara, coherente y conforme a la ley como a vuestra jurisprudencia»². Repasa los argumentos de la parte recurrente, que intentan demostrar que «la existencia de un contrato de trabajo es rigurosamente incompatible con la libertad dejada a aquel que se considera asalariado de trabajar o no» y los rechaza uno a uno.

En relación a la alegación de que el conductor puede conectarse a la plataforma cuando lo estime conveniente, el Fiscal entiende que es un indicio que por sí solo no excluye los demás indicios de subordinación, como ya habían defendido el Tribunal de Apelación y el propio Tribunal Supremo en el Asunto *Take Eat Easy*, sentencia de 28 de noviembre de 2018³.

² Del Tribunal Supremo.

³ Núm. 17-20079. En extenso, sobre este pronunciamiento, cfr., entre otros, KERMAREC, G.: «Take Eat Easy: la voie de la requalification est ouverte par la Cour de cassation», *Prépa Dalloz*, 2018; LEDERLIN, E.: «Take Eat Easy! Libres propos après le bien nommé arrêt de la Cour de cassation du 28 novembre 2018», *Les Échos*, 2018; GOMES, B.: «Take Eat Easy: une première requalification en faveur des travailleurs des plateformes», *Actualités du Droit*, Wolters Kluwer, 2018; GIRAUDON, D.: «Analyse critique de l'arrêt du 28 novembre 2018», *L'Hebdo, L'Actualité Juridique vue par l'UIMM*, 2019; CHHUM, F.: «Take eat easy: un livreur à vélo est salarié selon la Cour de Cassation», *Actualité Juridique, Village de Justice*, 2019; DOCKES, E.: «Le salariat des plateformes», *Labour & Law Issues*, nº 846, 2019; MONNIER, D.: «Prestation de services avec les plateformes de mise en relation et requalification en contrat de travail: focus sur l'affaire Take Eat Easy», *La Revue*, 2019; MOUSSY, P.: «Le livreur à vélo qui ne travaille pas en roue libre est un salarié», *Chronique Ouvrière*, 2019; RÉGNIER, P., HURSTEL, H. y LE LUDEC, C.: *Travail à l'ère des plateformes*; Conseil National du Numérique, 2020, ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 19-30

En relación a la alegación, que se inclina por la libertad del conductor de elegir si conectarse o no y cuándo, considera que dicha libertad es relativa, en la medida en que el conductor solo puede trabajar si adopta el estatuto jurídico de trabajador independiente y no puede optar por estar vinculado a la empresa por un régimen laboral, ya que Uber no contrata conductores asalariados. A ello se suma el hecho de la complejidad jurídica del acuerdo, con múltiples cláusulas en ocasiones incomprensibles para un lego en leyes. Recuerda la tesis de los jueces británicos en conflictos semejantes, que han calificado dichas cláusulas de «alambicadas, complejas y artificiales»⁴. La ausencia de libertad se explica también desde la nota de la subordinación económica: «ciertas categorías de trabajadores poco experimentados y/o poco cualificados, excluidos del mercado de tradicional de empleo» se ven obligados a aceptar determinados trabajos. Se encuentran en una situación de fragilidad económica. Tienen necesidad de trabajar y, en consecuencia, como recalca la Fiscalía: «lejos de gozar de la libertad total tan alabada por la sociedad Uber, el conductor es en realidad obligado a trabajar para la plataforma, y trabajar mucho, ya que en el caso concreto enjuiciado aquel se conectaba entre 50 y 70 horas cada semana de diciembre, y paso entre 35 y 46 horas con una orden pendiente o en curso».

II. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO FRANCÉS: LA LABORALIDAD DEL VÍNCULO

El razonamiento del Tribunal Supremo, que sigue en gran medida los argumentos del Tribunal de Apelación y del Ministerio Fiscal, pasa por examinar en primer lugar, la argumentación jurídica del Tribunal de Apelación, sustentada en la libertad del prestador de servicios para elegir sus horarios, apuntarse a uno de los turnos propuestos y, en definitiva, trabajar o no y, en segundo lugar, por desmontar la apariencia de

págs. 101 y ss.; GRANGEON, J. y MARILLOU, F.: *Les robots. Regards disciplinaires en sciences juridiques, sociales et humaines*, Presses de l'Université d'Aix-Marseille, Marsella, 2020, págs. 62 y ss.; y, AA. VV.: *L'intelligence artificielle et les mondes du travail. Perspectives sociojuridiques et enjeux éthiques*, Dir. J. Bernier, Presses de l'Université de Laval, Québec, 2021, en especial, págs. 178 y ss.

⁴ Entre otras, sentencia del Tribunal de Empleo de Londres de 5 de enero de 2017, comentada por ROJO TORRECILLA, E.: «Sigamos hablando de economía colaborativa, plataformas tecnológicas y relaciones laborales (¿asalariadas o autónomas?). Nuevas aportaciones doctrinales y recientes respuestas de tribunales arbitrales y laborales en el Reino Unido y en Francia», *El Blog de Eduardo Torrecilla*, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2017/11/sigamos-hablando-de-economia.html>

extralaboralidad, para finalmente defender las razones que justifican la laboralidad del vínculo contractual⁵.

En este contexto, el Tribunal rechaza los elementos de autonomía esgrimidos por la empresa y declara la laboralidad de la relación. Veamos en qué términos:

- La actividad principal de la empresa es brindar un servicio de transporte.
- Uber ha creado y organiza un servicio de transporte, que existe y se desarrolla a través de la plataforma. O dicho en palabras de TJUE: «este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte»⁶. La empresa no solo actúa como intermediadora, sino que también organiza la prestación de un servicio de transporte de viajeros.
- La existencia de una relación de laboral no depende de la voluntad de las partes, ni de la denominación que las partes le otorguen, sino de las condiciones en las que se desarrolla la actividad. A dichas circunstancias habrá de estarse⁷. La calificación de una relación como de trabajo es una cuestión de orden público y, por tanto, es indisponible para las partes. Lo esencial no es el *nomen iuris* que las partes otorguen a su contrato, sino el contenido material de las prestaciones asumidas. El juzgador ha de evaluar el conjunto de pruebas que le presentan las partes y determinar si la calificación de laboral puede ser aceptada⁸.
- La relación de los conductores con la empresa Uber es una relación subordinada, al llevarse a cabo bajo el poder de dirección y control de un empleador, que da instrucciones, controla su cumplimiento y sanciona, en su caso, los incumplimientos de las personas

⁵ ROJO TORRECILLA, E.: «Francia. Los conductores de UBER son trabajadores por cuenta ajena. El Tribunal Supremo (sentencia de 4 de marzo de 2020) confirma la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de París el 10 de enero de 2019. Examen de sus contenidos», *El Blog de Eduardo Torrecilla*, 2020.

⁶ Sentencia del 20/12/2017, C-434/15. Asociación Profesional Élite Taxi v. Uber Systems Spain, S.L.

⁷ Soc., 17 abril 1991, pourvoi n° 88-40.121, Bull. V n° 200; Soc., 19 diciembre 2000, pourvoi n° 98-40.572, Bull. V, n° 437. En este sentido también, STJUE de 13 de enero 2004, Allonby, C-256/01 y STJUE de 4 de diciembre de 2014, C-413/13, FNV Kunsten Informatie en Media.

⁸ Soc., 9 mayo 2001, pourvoi n° 98-46.158, Bull. V, n° 155.

trabajadoras. El conductor se ve obligado a convertirse en socio de la empresa e inscribirse en el Registro Mercantil. No decide libremente cómo organizar su actividad o buscar clientes, sino que «se integra en un servicio de transporte creado y organizado íntegramente por Uber BV, que sólo existe gracias a esta plataforma; un servicio de transporte a través del cual el conductor no configura su propia clientela, no fija libremente sus tarifas o condiciones de su servicio de transporte, que están totalmente regidos por Uber BV».

- La empresa dicta instrucciones y controla la actividad del conductor, fija unilateralmente las tarifas, le impone rutas concretas y ajusta la tarifa en el supuesto de que el conductor elija una ruta ineficiente. En este sentido, es indicio de laboralidad el hecho de que la empresa determine unilateralmente las condiciones de prestación de servicios⁹.
- Constituyen indicio de subordinación y control empresarial las consecuencias que se derivan del rechazo del conductor a realizar algún transporte¹⁰. En esos supuestos, la empresa Uber contacta con el conductor y le invita a desconectarse de la aplicación. Esta actuación empresarial debe interpretarse, a juicio del Tribunal, a la luz de las cláusulas contractuales, que disponen que la empresa se reserva el derecho de restringir el acceso a la plataforma Uber a los conductores en estos supuestos. Tal extremo refleja la ausencia de la posibilidad de elegir con libertad qué viajes aceptar, como sí podría hacerlo un conductor autónomo¹¹.
- Los conductores se integran en una organización ajena en la que no pueden decidir cómo dirigir y organizar la actividad, buscar clientes, elegir tarifas o demás condiciones del servicio¹².
- Al mismo tiempo, el hecho de que el conductor pueda elegir los días y horas de trabajo no excluye por sí mismo la laboralidad de la prestación, en la medida en que cuando se conecta a la plataforma Uber, «se incorpora a un servicio organizado por la empresa».

⁹ ESCANDE-VARIOL, M. C.: «Un ancrage stable dans un droit du travail en mutation», *Recueil Dalloz*, nº 3, 2019.

¹⁰ HURSTEL, H. y LE LUDEC, C.: *Travail à l'ère des plateformes*; Conseil National du Numérique, 2020.

¹¹ ROSENBAUM, F.: «Francia: Los chóferes de Uber son trabajadores dependientes (Cour de Cassation, Sentencia nº 374, 04.03.2020)», *Opinión y Crítica sobre Derecho del Trabajo*, Blog de Federico Rosenbaum, 2020.

¹² MARTINIÈRE, R.: «Uber: sous la voile numérique. Le lien de subordination», *Gazette du Palais*, 2020.

- En fin, el ejercicio del poder sancionador se manifiesta en: *a)* La posibilidad de que la empresa desconecte al conductor que rechaza tres viajes de clientes; *b)* Los ajustes de tarifas si el conductor opta por rutas ineficientes; y, *c)* La posible desconexión definitiva de la cuenta del conductor¹³.

En base a lo anterior, el Tribunal Supremo considera acreditado que confluyen los presupuestos sustantivos del tipo contractual, en concreto y sobre todo, la subordinación (en su triple vertiente de poder de dirección, control y sancionador) y recalifica la relación en laboral. La subordinación económica no es el criterio determinante, sino la jurídica al fijarse el Tribunal en el «carácter ficticio» de la denominación que las partes han dado a la relación, en línea con lo establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus sentencias de 13 de enero de 2004 (Asunto Allonby)¹⁴ y de 4 de diciembre de 2014 (Asunto FNV Kunsten Informatie en Media)¹⁵.

III. LAS CONSECUENCIAS DE ESTE PRONUNCIAMIENTO

El Tribunal Supremo francés había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en su sentencia 28 de noviembre de 2018, en relación a la empresa *Take Eat Easy*¹⁶. En esa ocasión declaró la laboralidad de la prestación de servicios que vinculaba a un mensajero con la empresa. La inscripción de una persona física en el registro de empresario autónomos para el ejercicio de una profesión implica una presunción *iuris tantum* de ausencia de laboralidad, presunción destruible por prueba en contrario, que acredite la concurrencia de las notas tipificadoras del vínculo laboral¹⁷. El Tribunal apreció la concurrencia de dichas notas, estimó el recurso interpuesto por el trabajador y recalificó la relación.

En esa línea se enmarca la sentencia objeto de este comentario, muy esperada al tratarse de una empresa emblemática como es Uber. El

¹³ GRANGEON, J. y MARILOU, F.: *Les robots. Regards disciplinaires en sciences juridiques, sociales et humaines*, Presses de l'Université d'Aix-Marseille, Marsella, 2020, págs. 142 y ss.

¹⁴ C-256/01.

¹⁵ C-413/13.

¹⁶ Pourvoi n° 17-20.079.

¹⁷ Sobre este particular, resulta de gran interés GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Sobre la presunción de laboralidad de los repartidores de plataformas digitales», *Trabajo y Derecho*, n° 91, 2022.

Tribunal Supremo francés rechaza la presunción de extralaboralidad de la relación jurídica que vincula al conductor con la empresa, al constatar que concurren indicios de subordinación y, en consecuencia, de laboralidad (como, entre otros, el uso de sistema de geolocalización, la impartición de instrucciones de cómo prestar el servicio o el abono de una compensación económica por el tiempo de espera)¹⁸. En concreto, señala que: «la aplicación contaba con un sistema de geolocalización, que permitía a la empresa controlar en tiempo real la posición del mensajero [conductor] y registrar el total de kilómetros recorridos por éste y, por otro lado, que el sistema de geolocalización de la aplicación era el mismo que del de la empresa de mensajería y tenía un poder de sanción contra el mensajero». En base a criterios clásicos de laboralidad, el Tribunal hace prevalecer el «principio de realidad», frente a la apariencia de extralaboralidad de la relación, siendo la concurrencia de la nota de la subordinación jurídica la clave para determinar la existencia o no de laboralidad¹⁹. La voluntad de las partes resulta esencial para configurar la naturaleza del vínculo que desean constituir entre sí, pero los contratos son lo que son, no lo que las partes quieren que sean, por lo que no habrá de estarse simplemente al *nomen iuris* que las partes hayan dado al contrato, sino a su contenido y a la realidad de sus prestaciones. Analizadas las circunstancias del presente supuesto, aprecia la concurrencia de subordinación jurídica y recalifica la relación como laboral.

En algunos países europeos existe un régimen intermedio entre el régimen por cuenta ajena y el régimen de trabajadores autónomos, como en Gran Bretaña (el régimen de los «*workers*», régimen intermedio entre los «*employees*» y los «*independents*»), en España (el régimen de los «trabajadores autónomos económicamente dependientes» TRADE) o en Italia (el régimen de los contratos de «*collaborazione coordinata e continuativa*», «*collaborazione a progetto*»). En otros, como en Francia, solo se reconocen dos tipos de relaciones contractuales: por cuenta propia o por cuenta ajena, siendo los Tribunales los encargados de discernir la

¹⁸ El tiempo de espera entre viajes no puede ser disfrutado por el conductor como tiempo de descanso por un doble motivo: *a*) Por un lado, porque las condiciones fijadas por la plataforma le obligan a permanecer atento a las solicitudes de viajes; y, *b*) por otro, porque cuando se le requiere para el transporte de un viajero, la respuesta del conductor ha de ser inmediata.

¹⁹ VERGE, P.: «Statut des chauffeurs Uber: des situations qui diffèrent selon les pays», *Les Échos*, 2021.

verdadera naturaleza de la relación y de dar cabida en una de esas categorías a las relaciones jurídicas que vinculan a las personas con las plataformas.

Se reconoce como elemento esencial de la relación la dependencia o subordinación jurídica para cuya identificación se utiliza la técnica casuística del análisis de los indicios, valorando en cada caso concreto si estamos ante una relación laboral. La traducción de la sentencia a otros idiomas (inglés y castellano) demuestra el interés de este pronunciamiento y la voluntad de darle la mayor difusión posible, incluso en el extranjero. La tendencia continúa en Francia. Recientemente, el Tribunal de París ha dictado sentencia (16 de abril de 2022) en la que condena a la empresa Deliveroo y, en concreto, a varios de sus dirigentes por incumplimientos reiterados. Todo en ello en medio del debate jurídico abierto en el seno de la comunidad científica y también en los medios de comunicación sobre la necesidad de abrir una tercera vía en Francia a la dualidad de regímenes (trabajo por cuenta ajena o trabajo por cuenta propia) para el trabajo en plataformas, mediante la aprobación de un régimen jurídico propio, que regule en detalle su régimen jurídico.

IV. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AA. VV.: *L'intelligence artificielle et les mondes du travail. Perspectives sociojuridiques et enjeux éthiques*, Dir. J. Bernier, Presses de l'Université de Laval, Québec, 2021.
- DOCKÈS, E.: «Le salariat des plateformes», *Droit Ouvrier*, 2019, nº 846.
- ESCANDE-VARIOL, M. C.: «Un ancrage stable dans un droit du travail en mutation», *Recueil Dalloz*, nº 3, 2019.
- FABRE, A.: «Les travailleurs des plateformes sont-ils des salariés? Premières réponses frileuses des juges français», *Droit Social*, 2018.
- GIRAUDON, D.: «Analyse critique de l'arrêt du 28 novembre 2018», *L'Hebdo, L'Actualité Juridique vue par l'UIMM*, 2019.
- GOMES, B.: «Take Eat Easy: une première requalification en faveur des travailleurs des plateformes», *Actualités du Droit*, Wolters Kluwer, 2018.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «Sobre la presunción de laboralidad de los repartidores de plataformas digitales», *Trabajo y Derecho*, nº 91, 2022.

- GRANGEON, J. y MARILLOU, F.: *Les robots. Regards disciplinaires en sciences juridiques, sociales et humaines*, Presses de l'Université d'Aix-Marseille, Marsella, 2020.
- KERMAREC, G.: «Take Eat Easy: la voie de la requalification est ouverte par la Cour de cassation», *Prépa Dalloz*, 2018.
- HURSTEL, H. y LE LUDEC, C.: *Travail à l'ère des plateformes*; Conseil National du Numérique, 2020.
- JULIEN, M. y MAZUYER, E.: «Le droit du travail à l'épreuve des plateformes numériques», *Revue de Droit du Travail*, 2018.
- LEDERLIN, E.: «Take Eat Easy! Libres propos après le bien nommé arrêt de la Cour de cassation du 28 novembre 2018», *Les Échos*, 2018.
- MARTINIÈRE, R.: «Uber: sous la voile numérique. Le lien de subordination», *Gazette du Palais*, 2020.
- MONNIER, D.: «Prestation de services avec les plateformes de mise en relation et requalification en contrat de travail: focus sur l'affaire Take Eat Easy», *La Revue*, 2019.
- MOUSSY, P.: «Le livreur à vélo qui ne travaille pas en roue libre est un salarié», *Chronique Ouvrière*, 2019.
- PASQUIER, T.: «Les plateformes numériques dans la tourmente, commentaire de l'arrêt CA Paris du 10 janv. 2019», *Semaine Sociale Lamy*, n° 1845, 2019.
- PEYRONNET, M.: «Take Eat Easy contrôle et sanctionne des salariés», *Revue de Droit du Travail*, 2019.
- ROJO TORRECILLA, E.: «Francia. Los conductores de UBER son trabajadores por cuenta ajena. El Tribunal Supremo (sentencia de 4 de marzo de 2020) confirma la sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de Paris el 10 de enero de 2019. Examen de sus contenidos», *El Blog de Eduardo Torrecilla*, 2020.
- ROSENBAUM, F.: «Francia: Los chóferes de Uber son trabajadores dependientes (Cour de Cassation, Sentencia n° 374, 04.03.2020)», *Opinión y Crítica sobre Derecho del Trabajo*, Blog de Federico Rosenbaum, 2020.
- VERGE, P.: «Statut des chauffeurs Uber: des situations qui diffèrent selon les pays», *Les Échos*, 2021.

LAS DOS IMPUGNACIONES DE LA CONSTITUCIONALIDAD, EN 2021, DE LA LEGISLACIÓN CALIFORNIANA POSITIVIZANDO LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR NÚM. 22 DE 2020, SOBRE RECLASIFICACIÓN COMO TRABAJADORES AUTÓNOMOS DE LOS TRANSPORTISTAS AL SERVICIO DE PLATAFORMAS DIGITALES*

[THE TWO CHALLENGES OF THE CONSTITUTIONALITY, IN 2021, OF THE CALIFORNIAN LEGISLATION PASSING INTO LAW THE PROPOSITION No. 22 OF 2020, ON RECLASSIFICATION AS INDEPENDENT CONTRACTORS OF APP-BASED DRIVERS]

Alberto Arufe Varela

Fecha de recepción: 30 de mayo de 2022

Fecha de aceptación: 24 de junio de 2022

Sumario: I. LA POSITIVACIÓN DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR NÚM. 22 DE 2020 EN LA LEGISLACIÓN CALIFORNIANA.- II. EL PRIMER CASO *CASTELLANOS v. STATE OF CALIFORNIA* (2021), SOBRE IMPUGNACIÓN FALLIDA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEGISLACIÓN CALIFORNIANA POSITIVIZANDO LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR NÚM. 22 DE 2020.- III. EL SEGUNDO CASO *CASTELLANOS v. STATE OF CALIFORNIA* (2021), SOBRE IMPUGNACIÓN FRUCTUOSA, PERO TODAVÍA NO FIRME, DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEGISLACIÓN CALIFORNIANA POSITIVIZANDO LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR NÚM. 22 DE 2020.

Contents: I. THE PASSING INTO CALIFORNIAN LEGISLATION OF THE PROPOSITION No. 22 OF 2020.- II. THE FIRST CASE *CASTELLANOS v. STATE OF CALIFORNIA* (2021), ON THE UNSUCCESSFUL CHALLENGE OF THE CONSTITUTIONALITY OF THE CALIFORNIAN LEGISLATION PASSING INTO LAW THE

* Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2019-108189GB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

PROPOSITION No. 22 OF 2020.- III. THE SECOND CASE CASTELLANOS v. STATE OF CALIFORNIA (2021), ON THE SUCCESSFUL CHALLENGE, BUT NOT YET A FINAL JUDGEMENT, OF THE CONSTITUTIONALITY OF THE CALIFORNIAN LEGISLATION PASSING INTO LAW THE PROPOSITION No. 22 OF 2020.

Resumen: Como era previsible, los detractores de la iniciativa legislativa popular de 2020, que permitía considerar como trabajadores autónomos a los transportistas al servicio de plataformas digitales, impugnaron en 2021 la constitucionalidad de dicha iniciativa, una vez convertida en Derecho positivo. La primera impugnación no prosperó, pues la Corte Suprema de California se declaró incompetente para conocer del asunto. En cambio, la segunda impugnación sí resultó exitosa, habiendo declarado una Corte californiana de primera instancia que la iniciativa popular violaba la Constitución de California. Esta historia judicial no ha terminado. En este escrito, se pronostica que el fallo de primera instancia será recurrido ante una Corte californiana de apelaciones, con resultado incierto.

***Abstract:** As it was foreseeable, people contrary to the statute initiative of 2020, allowing to consider the app-based drivers as independent contractors, challenged its constitutionality once passed it into law. The first challenge did not prevail, because the Supreme Court of California declared that it did not have original jurisdiction to adjudge the case. On the contrary, the second challenge was successful, in having considered a Californian trial court that the statute initiative violated the Constitution of California. This judicial story is not over. In this work, it is predicted that the trial court judgement will be appealed before a Californian Court of Appeal, with uncertain result.*

Palabras clave: California, Inconstitucionalidad, Trabajadores asalariados, Trabajadores autónomos, Transportistas basados en plataformas digitales

***Keywords:** California, Unconstitutionality, Employees, Independent contractors, App-based drivers*

* * *

I. LA POSITIVACIÓN DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR NÚM. 22 DE 2020 EN LA LEGISLACIÓN CALIFORNIANA

1. En materia de trabajadores transportistas al servicio de plataformas digitales, el riquísimo e hiper-tecnológico Estado federado norteamericano de California, que fue pionero en el asunto, continúa siendo a día de hoy un Estado icónico sobre la temática en cuestión. De un lado, porque los empresarios californianos titulares de dichas plataformas no se aquietaron ante la renovada presunción de existencia del contrato de trabajo (la llamada prueba, criterio o «test ABC»), tan difícil de rebatir, positivizada en el año 2019 en el Código de Leyes Laborales (*Labor Code*) de California, que traía causa de un famoso caso decidido en 2018 por la Corte Suprema del propio Estado federado, y que cubría y protegía —como trabajadores asalariados— a los trabajadores empleados por dicha clase de estructuras digitales¹. De otro lado, porque su falta de aquietamiento se tradujo en la activación de la maquinaria para que fuese aprobada por el pueblo de California una iniciativa legislativa popular que enervase dicha presunción, pero sólo en el caso de los trabajadores al servicio de plataformas digitales (conocida coloquialmente con el nombre de Propuesta núm. 22 de 2020), lo que sucedió —en plena pandemia del coronavirus— el día 3 noviembre 2020, al certificarse en esta fecha que dicha iniciativa popular había obtenido «“9.958.425” votos favorables, lo que suponía un 58 por ciento del total de “16.986.245” votos válidos emitidos, resultando así aprobada en sus propios términos literales»². El grueso del contenido de esta iniciativa popular se positivizó incluyéndolo, como preveía la propia iniciativa, no en el citado Código de Leyes Laborales de California, sino en el Código de Profesiones y Negocios (*Business and Professions Code*) del propio Estado³. A este efecto, se le añadió a la División 3 de dicho Código

¹ Al respecto, véase Alberto ARUFE VARELA, «La laboralización en California de los transportistas al servicio de plataformas digitales. El caso *Dynamex v. Superior Court* (2018)», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XI (2019), págs. 23-24.

² Al respecto, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «La sorprendente reclasificación en California como trabajadores autónomos de los transportistas al servicio de plataformas digitales. La iniciativa legislativa popular núm. 22 de 2020», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. XII (2020), pág. 93.

³ La iniciativa también modificó la sección 17037 del Código de Ingresos e Impuestos (*Revenue and Taxation Code*) de California. Todos los Códigos californianos ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 31-43

un nuevo Capítulo 10.5, en el que se alojaba un total de veintidós secciones (más en concreto, de la sección 7448 a la sección 7467), de las cuales dos merecen el calificativo de estrellas protagonistas principales o estrellas rutilantes, si es que se analiza dicho conjunto de secciones desde el punto de vista de la casuística judicial a que daría lugar casi inmediatamente después de su entrada en vigor, ocurrida —como preveía la iniciativa popular núm. 22 de 2020— el día 1 enero 2021⁴.

2. El primero de dichos dos preceptos estelares es la sección 7451 (rotulada «Proteger la Independencia [*Protecting Independence*]), derivándose toda su rutilancia del hecho de que pretendía definir cuándo «un transportista al servicio de una plataforma digital es un trabajador autónomo y no un trabajador asalariado [*an app-based driver is an independent contractor and not an employee*]]⁵. Según este precepto, ello ocurría cuando se cumpliesen cumulativamente las cuatro condiciones siguientes: 1) inexistencia de verdadera jornada de trabajo (literalmente, «la empresa en red no prescribe unilateralmente fechas específicas, horas del día, o un mínimo de horas en las que el transportista al servicio de la plataforma digital deba estar conectado a la aplicación o plataforma facilitada en línea de la empresa en red»)⁶; 2) inexistencia de una prestación de trabajo mínima (literalmente, «la empresa en red no exige al transportista al servicio de la plataforma digital que acepte ninguna petición específica de servicio de entrega o de servicio de transporte como condición para mantener el acceso a la aplicación o plataforma facilitada en línea de la empresa en red»)⁷; 3) inexistencia de prohibición de pluriempleo (literalmente, «la empresa en red no impide al transportista al servicio de la plataforma digital que efectúe servicios de entrega o servicios de transporte

resultan gratuitamente accesibles, a través de Internet, en el sitio <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/home.xhtml>.

⁴ Véase artículo 8 de su sección 1, dando nueva redacción a la sección 7464.5, letra (f), del Código de Profesiones y Negocios.

⁵ Párrafo primero.

⁶ Textualmente, «*the network company does not unilaterally prescribe specific dates, times of day, or a minimum number of hours during which the app-based driver must be logged into the network company's online-enabled application or platform*».

⁷ Textualmente, «*the network company does not require the app-based driver to accept any specific rideshare service or delivery service request as a condition of maintaining access to the network company's online-enabled application or platform*».

a través de otras empresas en red, salvo durante el tiempo comprometido»⁸; y 4) inexistencia de prohibición de pluriactividad (literalmente, «la empresa en red no impide al transportista al servicio de una plataforma digital que trabaje en otra ocupación o negocio lícitos»⁹). Acerca de la crucialidad de este precepto, baste indicar que la sección 7467 lo consideraba el verdadero núcleo del nuevo Capítulo añadido por la iniciativa popular al Código de Profesiones y Negocios, afirmando que «si alguna porción, sección, apartado, párrafo, cláusula, inciso, frase, palabra o aplicación de la sección 7451 ... fuese por cualquier causa declarada inválida por decisión de una corte competente, esa decisión se aplicará a la totalidad de disposiciones restantes de este capítulo, y ninguna disposición de este capítulo se considerará válida o se le dará fuerza de ley»¹⁰.

3. El segundo precepto estelar, de carácter marcadamente patronal, era el número (4) del apartado (c) de la sección 7465, relativo a las condiciones (sumamente restrictivas) en que debería poder promulgarse en el futuro una ley que regulase la negociación colectiva de los transportistas al servicio de plataformas digitales, a pesar de tratarse de trabajadores autónomos, o que mejorase las condiciones de desarrollo de su trabajo. Según este precepto, «cualquier ley autorizando a una entidad u organización para que represente los intereses de los transportistas al servicio de plataformas digitales, en conexión con las relaciones contractuales de los transportistas con las empresas en red, o con las condiciones de trabajo, prestaciones o indemnizaciones de los transportistas, constituye una enmienda de este capítulo y debe promulgarse cumpliendo los procedimientos que regulan las enmiendas congruentes con los objetivos de este capítulo, tal y como aparecen establecidos en los apartados (a) y (b)»¹¹ de la propia sección 7465, según los cuales hacía falta que la

⁸ Textualmente, «*the network company does not restrict the app-based driver from performing rideshare services or delivery services through other network companies except during engaged time*».

⁹ Textualmente, «*the network company does not restrict the app-based driver from working in any other lawful occupation or business*».

¹⁰ Textualmente, «*if any portion, section, subdivision, paragraph, clause, sentence, phrase, word, or application of Section 7451 ... is for any reason held to be invalid by a decision of any court of competent jurisdiction, that decision shall apply to the entirety of the remaining provisions of this chapter, and no provision of this chapter shall be deemed valid or given force of law*».

¹¹ Textualmente, «*any statute that authorizes any entity or organization to represent the interests of app-based drivers in connection with drivers' contractual relationships with network companies, or drivers' compensation, benefits, or working*»

enmienda en cuestión —desde un punto de vista formal— no sólo fuese aprobada por las dos Cámaras del legislativo californiano, con votación nominal y con un quorum reforzado de siete octavos de sus miembros, sino también —pero ahora desde un punto de vista teleológico— que la enmienda fuese congruente, o que incluso reforzase, los objetivos del nuevo Capítulo introducido por la iniciativa popular en el Código de las Profesiones y Negocios¹². A diferencia de lo que ocurría en la hipótesis de la anteriormente citada sección 7451, este otro precepto tenía, en cambio, el carácter de norma «separable [*severable*]»¹³, aplicándosele la regla de que «si alguna porción, sección, apartado, párrafo, cláusula, inciso, frase, palabra o aplicación de este capítulo fuese por cualquier causa declarada inválida por decisión de una corte competente, esa decisión no afectará a la validez de las porciones restantes de este capítulo»¹⁴.

conditions, constitutes an amendment of this chapter and must be enacted in compliance with the procedures governing amendments consistent with the purposes of this chapter as set forth in subdivisions (a) and (b).

¹² Cfr. inciso primero. Literalmente, «tras la fecha de efectos de este Capítulo, el Legislativo puede enmendar este Capítulo por ley aprobada en cada cámara del Legislativo con votación nominal introducida en el orden del día, asistiendo siete octavos de sus miembros, y supuesto que la ley sea congruente con, y refuerce los objetivos de, este Capítulo» (textualmente, «*after the effective date of this chapter, the Legislature may amend this chapter by a statute passed in each house of the Legislature by rollcall vote entered into the journal, seven-eighths of the membership concurring, provided that the statute is consistent with, and furthers the purpose of, this chapter*»). Además, el inciso segundo del propio apartado afirmaba que «ningún proyecto de ley que pretenda enmendar este Capítulo, tras la fecha de efectos de este Capítulo, puede ser aprobado o convertirse definitivamente en una ley, salvo que el proyecto haya sido impreso y entregado a los miembros, y publicado en Internet, en su texto definitivo, durante al menos 12 días laborables anteriores a su aprobación en cada cámara del Legislativo» (textualmente, «*no bill seeking to amend this chapter after the effective date of this chapter may be passed or ultimately become a statute unless the bill has been printed and distributed to members, and published on the internet, in its final form, for at least 12 business days prior to its passage in either house of the Legislature*»). Por su parte, el apartado (b) del propio precepto disponía que «ninguna ley promulgada a partir del 29 octubre 2019, pero antes de la fecha de efectos de este Capítulo, que constituya una enmienda de este Capítulo, será operativa tras la fecha de efectos de este Capítulo, salvo que la ley sea aprobada cumpliendo los requisitos del apartado (a)» [textualmente, «*no statute enacted after October 29, 2019, but prior to the effective date of this chapter, that would constitute an amendment of this chapter, shall be operative after the effective date of this chapter unless the statute was passed in accordance with the requirements of subdivision (a)*»].

¹³ Cfr. sección 7467.

¹⁴ *Ibidem*, inciso segundo. Textualmente, «*if any portion, section, subdivision, paragraph, clause, sentence, phrase, word, or application of this chapter is for any reason held to be invalid by a decision of any court of competent jurisdiction, that decision shall not affect the validity of the remaining portions of this chapter*».

II. EL PRIMER CASO *CASTELLANOS v. STATE OF CALIFORNIA* (2021), SOBRE IMPUGNACIÓN FALLIDA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEGISLACIÓN CALIFORNIANA POSITIVIZANDO LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR NÚM. 22 DE 2020

4. Cuando sólo habían transcurrido doce días de la entrada en vigor del nuevo Capítulo del Código de Profesiones y Negocios de California, positivizando la iniciativa legislativa popular núm. 22 de 2020 (esto es, el 12 enero 2021), se formalizó ante la Corte Suprema del Estado de California un proceso impugnando la constitucionalidad de los dos preceptos estelares del Capítulo en cuestión, resuelto por dicha Corte en el caso *Castellanos v. State of California* (2021)¹⁵. Los demandantes eran el Sr. Héctor CASTELLANOS y tres personas físicas más (dos de ellas, como él, transportistas al servicio de diversas plataformas digitales actuantes en California, mientras que la tercera era un usuario de los servicios prestados por estas plataformas)¹⁶, así como dos sindicatos (más en concreto, la confederación sindical denominada Sindicato Internacional de Trabajadores de Servicios, que cuenta con cerca de dos millones de trabajadores afiliados en los Estados Unidos, de un lado, y su federación del Estado de California, que cuenta con aproximadamente setecientos mil trabajadores afiliados en dicho Estado, de otro lado; ambos sindicatos hacían constar que muchos miles de sus afiliados trabajaban como transportistas al servicio de plataformas digitales)¹⁷. Por su parte, los demandados eran el Estado de California (esto es, según constaba en la demanda, «la entidad identificada en la sección 1 del artículo III de la Constitución del Estado, a la que se otorgan todos los poderes de gobierno al amparo de ese artículo, incluido el poder de exigir el cumplimiento de las leyes promulgadas por medio de un proceso de iniciativa [popular]») ¹⁸ y la Sra. Lilia GARCIA-BROWER, en su condición de Comisionada de Trabajo (*Labor Commissioner*) del Estado de California y, consecuentemente, «responsable de exigir el cumplimiento

¹⁵ Referencia oficial S266551. La demanda que activó este caso puede localizarse en el sitio en Internet de uno de los abogados de los demandantes, con acceso directo en <https://olsonremcho.com/2021/01/challenge-constitutionality-prop-22-castellanos-v-state-of-california-court-docs/>.

¹⁶ Cfr. págs. 17-18 de la demanda.

¹⁷ Cfr. págs. 18-19 de la demanda.

¹⁸ Cfr. pág. 19 de la demanda.

de las leyes sobre condiciones mínimas de trabajo de California, incluida la exigencia de que los empresarios aseguren a sus trabajadores por accidente de trabajo»¹⁹.

5. Evidentemente, los demandantes querían un enjuiciamiento rápido e irrecurrible de sus pretensiones de inconstitucionalidad, lo que explica que las planteasen directamente ante la Corte Suprema del Estado de California. A pesar de que esta Corte resuelve, como regla general, procesos de impugnación, actuando en el tercer grado de la jurisdicción estatal (es la genéricamente llamada «jurisdicción en vía de recurso [*appellate jurisdiction*])», los demandantes invocaban las normas reguladoras de la competencia en vía de cognición o como Corte de primera y única instancia, legalmente llamada «competencia original [*original jurisdiction*])», de la propia Corte Suprema de California (normas contenidas en la Constitución del Estado²⁰, en el Código estatal del Proceso Civil [*Civil Procedure Code*]²¹, así como en las Reglas de la Corte²²), que le permitían emitir una orden de condena de hacer (literalmente, «*writ of mandate*»), teniendo en cuenta que «la orden debe emanarse en todos los casos en que no exista un remedio sencillo, rápido y adecuado, en un procedimiento ordinario de Derecho»²³. A título de precedente, los demandantes también invocaban un caso resuelto en 1991 por la propia Corte Suprema de California²⁴, de acuerdo con el cual —en su opinión— «la Corte Suprema ejercita su competencia originaria sobre condenas de hacer en impugnaciones de iniciativas [populares] del Estado [*Supreme Court exercises original mandamus jurisdiction in challenges to state initiatives*])»²⁵, como ocurría en el supuesto de hecho aquí enjuiciado.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Véase sección 10 de su artículo VI.

²¹ Véanse secciones 1084 y ss.

²² Véase regla 8.486 (localizable en el sitio en Internet de las cortes estatales de California, ubicado en <https://www.courts.ca.gov>, con acceso directo en <https://www.courts.ca.gov/rules.htm>).

²³ Cfr. sección 1086, inciso primero, del Código del Proceso Civil. Textualmente, «*the writ must be issued in all cases where there is not a plain, speedy, and adequate remedy, in the ordinary course of law*».

²⁴ Se trata del caso *Legislature v. Eu* (1991), referencia oficial 54 Cal.3d 492. Sobre este caso, véase Nota anónima, «State constitutional law – Constitutional revisions – California Supreme Court upholds term litigation initiative – Legislature of California v. Eu, No. S019660, 1991 Cal. Lexis 4529 (oct. 10, 1991)», *Harvard Law Review*, núm. 105 (1992), págs. 953 y ss.

²⁵ Cfr. pág. 18 de la demanda.

6. Ahora bien, a pesar de todos los esfuerzos argumentativos de los demandantes (en cuyo frontispicio colocaban interesadamente la *causa causae* de la iniciativa popular, afirmando que «en *Dynamex* ... esta Corte ... concluyó que un trabajador es al amparo del test “ABC” un trabajador asalariado, en vez de un trabajador autónomo, a efectos de las ordenanzas salariales», teniendo en cuenta que «el legislativo codificó la decisión *Dynamex*» y «también adoptó el test “ABC” sobre estatus de trabajo asalariado, a efectos del Código de Leyes Laborales y del Código del Seguro de Desempleo, incluidos los salarios mínimos, permisos retribuidos por enfermedad, protección anti-represalia, accidentes de trabajo y objetivos del seguro de desempleo»)²⁶, la Corte Suprema de California declinó ejercer aquí su competencia originaria para conocer del asunto, dejando imprejuizadas las tres pretensiones de inconstitucionalidad de los dos preceptos estelares del Código de Profesiones y Negocios de California, deducidas por los demandantes. Esta decisión de la Corte Suprema de California está fechada el día 3 febrero 2021, aunque sólo consta su fallo, pero no los razonamientos que condujeron al mismo (consecuentemente, habría que calificar dicha resolución judicial como equivalente a un auto no motivado). Lo que se afirma en dicho fallo —que remitía implícitamente a la competencia en vía de recurso de la Corte Suprema de California— es, literalmente, que «la petición de orden de condena de hacer se deniega, sin perjuicio de que vuelva a plantearse en una corte apropiada [*the petition for writ of mandate is denied without prejudice to refiling in an appropriate court*]»²⁷.

III. EL SEGUNDO CASO *CASTELLANOS v. STATE OF CALIFORNIA* (2021), SOBRE IMPUGNACIÓN FRUCTUOSA, PERO TODAVÍA NO FIRME, DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEGISLACIÓN CALIFORNIANA POSITIVIZANDO LA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR NÚM. 22 DE 2020

²⁶ Cfr. pág. 20 de su demanda.

²⁷ Véase en el sitio en Internet de las cortes estatales de apelación de California, ubicado en <https://appellatecases.courtinfo.ca.gov/> (con acceso directo en https://appellatecases.courtinfo.ca.gov/search/case/dockets.cfm?dist=0&doc_id=2338840&doc_no=S266551&request_token=OCiWlSEmTkw9WzBBSCMtSENIUEQ0UDxTJSM%2BUz9TLDtICg%3D%3D).

7. Tras este fiasco, los mismos demandantes (salvo el Sindicato Internacional de Trabajadores de Servicios) se apresuraron a replantear sus pretensiones, frente al Estado de California (y ahora, también frente a la Sra. Katie HAGEN, en su condición de Directora del Departamento de Relaciones Industriales del propio Estado), frente a una de las 58 Cortes estatales de Derecho común de primera instancia existentes en California²⁸, que fue la Corte Superior californiana en y para el Condado de Alameda (conocido, entre otras razones, por radicar allí el famoso campus de Berkeley de la Universidad de California). Quedaba así formalizado el segundo caso *Castellanos v. State of California* (2021)²⁹, que también contó con la novedad de la presencia de tres coadyuvantes (*intervenors*)³⁰, que apoyaban los intereses empresariales de las plataformas digitales. Todo en él recuerda al primer caso *Castellanos*, tanto desde un punto de vista procesal (volvió a tramitarse como petición de orden de condena de hacer, al amparo de las secciones 1085 y 1086 del Código californiano del Proceso Civil) como desde un punto de vista sustantivo (volvieron a reproducirse las tres pretensiones de inconstitucionalidad de los dos preceptos estelares del Código de Profesiones y Negocios de California), eso sí, con la diferencia crucial de que el enjuiciamiento de las pretensiones se produjo ahora ante una Corte materialmente competente para juzgarlas. El proceso fue rápido, pues el Auto (*Order*) de la citada Corte Superior del Condado de Alameda se dictó el 20 agosto 2021, poco más de seis meses después de haberse registrado la demanda (recuérdese, el 11 febrero 2021). Esta resolución judicial acabó estimando, como ahora mismo veremos, los tres motivos de inconstitucionalidad deducidos por los demandantes.

8. El primer motivo estimado se refería a la inconstitucionalidad de la sección 7451 del Código de Profesiones y Negocios (recuérdese, determinando las condiciones en que un transportista al servicio de

²⁸ Véase el listado completo en el sitio en Internet del poder judicial de California, ubicado en <https://www.courts.ca.gov/> (con acceso directo en <https://www.courts.ca.gov/superiorcourts.htm>).

²⁹ Dada la aparente imposibilidad de localizar su texto en los repertorios usuales, he manejado el Auto (literalmente, «*Order granting petition for writ of mandate*») a que dio lugar, referencia oficial RG21088725, a través de una copia auténtica del mismo almacenada en <https://www.documentcloud.org/documents/21046832-castellanos-order>.

³⁰ Sobre esta parte procesal, véase Evan E. SMITH, «The standing requirements of third party intervenors», *American Journal of Trial Advocacy*, núm. 40 (2017), págs. 581 y ss.

plataformas digitales debía ser considerado trabajador autónomo) por violar la sección 4 del artículo XIV de la Constitución de California³¹, habiendo prosperado porque —según la Corte— la sección impugnada constituía «una limitación inconstitucional continuada sobre el poder del legislador de ejercer su poder plenario para determinar qué trabajadores debían estar cubiertos o no cubiertos por el sistema de protección de accidentes de trabajo»³², de manera que «si el Pueblo desea usar su poder de iniciativa para restringir o calificar un poder “plenario” e “ilimitado” concedido al legislador, debe actuar primero con una iniciativa de enmienda constitucional, no con una iniciativa legislativa»³³. Por su parte, el segundo motivo asimismo estimado atacaba la constitucionalidad del número (4) del apartado (c) de la sección 7465 del propio Código (recuérdese, relativo a qué condiciones [intervención de las dos cámaras, *quorum* de siete octavos de sus miembros, etc.] debería cumplir una enmienda del nuevo Capítulo 10.5 del Código, en materia de negociación colectiva o mejora de las condiciones de trabajo de los transportistas autónomos al servicio de plataformas digitales), por causa de su violación —siempre según la Corte— de la letra (c) de la sección 10 del artículo II de la Constitución de California³⁴, según la cual «el legislativo puede enmendar o derogar una iniciativa legislativa [popular] por otra ley, que producirá efectos sólo cuando sea aprobada por los electores, salvo que la iniciativa legislativa [popular] permita su enmienda o derogación sin aprobación de los electores»³⁵. En fin, el tercer motivo estimado se refería a la inconstitucionalidad de este mismo precepto, pero ahora por violación de la

³¹ Su inciso primero afirma que «por la presente, se inviste al Legislativo con el poder plenario, ilimitado por cualquier disposición de esta Constitución, para crear y exigir el cumplimiento de un sistema completo de protección por accidente de trabajo, mediante la legislación apropiada» (textualmente, «*the Legislature is hereby expressly vested with plenary power, unlimited by any provision of this Constitution, to create, and enforce a complete system of workers' compensation, by appropriate legislation*»). El texto de la Constitución de California resulta gratuitamente accesible, a través de Internet, en el sitio <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/home.xhtml>.

³² Cfr. pág. 4 del Auto. Textualmente, «*an unconstitutional continuing limitation on the Legislature's power to exercise its plenary power to determine what workers must be covered or not covered by the worker's compensation system*».

³³ *Ibidem*. Textualmente, «*if the People wish to use their initiative power to restrict or qualify a “plenary” and “unlimited” power granted to the Legislature, they must first do so by initiative constitutional amendment, not by initiative statute*».

³⁴ Cfr. págs. 5 y ss. del Auto.

³⁵ Inciso segundo. Textualmente, «*the Legislature may amend or repeal an initiative statute by another statute that becomes effective only when approved by the electors unless the initiative statute permits amendment or repeal without the electors' approval*».

letra (d) de la sección 8 del artículo II de la Constitución de California³⁶, según la cual «una medida de iniciativa [legislativa popular] que comprenda más de un tema no puede ser sometida a los electores ni tener eficacia»³⁷, supuesto —siempre según la Corte, que califica esta norma constitucional como la «*single-subject rule*»³⁸— que el precepto atacado «aparenta únicamente proteger los intereses económicos de las empresas en red, de tener una mano de obra dividida y no sindicalizada, lo que no es un objetivo establecido por la legislación [esto es, por la iniciativa legislativa popular]»³⁹.

9. Si —como sostuvo en su día el Juez HOLMES— juristas y profetas guardan entre sí un parecido íntimo⁴⁰, me atrevería a profetizar en la fecha en que esto escribo, supuesto que soy jurista, tres cosas sobre las tres declaraciones de inconstitucionalidad a que acabo de hacer referencia. En primer lugar, que serán recurridas en apelación al amparo de la sección 904.1 del Código californiano del Proceso Civil, y además, que este recurso acabará recayendo en la Corte de Apelación actuante en el Primer Distrito de Apelación del Estado de California (hay otros cinco Distritos más), el cual es la demarcación judicial a la que pertenece la Corte de Condado que dictó la resolución recurrible (recuérdese, la Corte Superior del Condado de Alameda)⁴¹. En segundo lugar, que en este recurso de apelación los debates más intensos y más encarnizados se focalizarán en el primero de los tres motivos de inconstitucionalidad antes referidos, pues recuérdese que la

³⁶ Cfr. págs. 10 y ss. del Auto.

³⁷ Textualmente, «*an initiative measure embracing more than one subject may not be submitted to the electors or have any effect*».

³⁸ Sobre el tema, véase Daniel H. LOWENSTEIN, «California initiatives and the single-subject rule», *UCLA Law Review*, núm. 30 (1983), págs. 936 y ss.; también, Richard BRIFFAULT, «The single-subject rule: a state constitutional dilemma», *Albany Law Review*, núm. 82 (2019), págs. 1629 y ss.

³⁹ Pág. 11 del Auto. Textualmente, «*it appears only to protect the economic interests of the network companies in having a divided, ununionized workforce, which is not a stated goal of the legislation*».

⁴⁰ Véase Oliver Wendell HOLMES, Jr., «The path of the law», *Harvard Law Review*, núm. 10 (1897), allí donde afirma que «*the prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*» (págs. 460-461).

⁴¹ Véase sección 69100 del Código del Gobierno (*Government Code*) de California, según el cual «los Condados de San Francisco, Marin, Sonoma, Napa, Solano, Lake, Mendocino, Humboldt, Del Norte, Contra Costa, Alameda y San Mateo constituirán el Primer Distrito de Apelación» [letra a)]. Textualmente, «*the Counties of San Francisco, Marin, Sonoma, Napa, Solano, Lake, Mendocino, Humboldt, Del Norte, Contra Costa, Alameda, and San Mateo shall constitute the First Appellate District*».

sección 7451 del Capítulo 10.5 del Código de Profesiones y Negocios de California no tiene carácter «separable»⁴², arrastrando en su caída —si es que llega a caer— al resto de secciones del Capítulo donde aparece ubicada, desde la primera a la última. En tercer lugar, en fin, que en dicho recurso acabará trayéndose a colación el precedente de autoridad de la Corte Suprema de California en materia de constitucionalidad o no de iniciativas legislativas populares [esto es, el caso *Brosnahan v. Brown* (1982)]⁴³, así como las afirmaciones del precedente en cuestión relativas a que el derecho de iniciativa popular es «uno de los más preciosos derechos de nuestro proceso democrático [*one of the most precious rights of our democratic process*]»⁴⁴, y a que las Cortes californianas deben «guardarlo celosamente [*to jealously guard*]»⁴⁵ y «realizar [sobre él] una interpretación liberal [*to apply a liberal construction*]»⁴⁶. La veracidad o mendacidad de estos tres asertos podrá comprobarse, como es razonable esperar, el próximo año 2022.

⁴² Véase *supra*, núm. 3.

⁴³ Referencia oficial 32 Cal.3d 236. Sobre este caso, muy doctrinalmente analizado, véase Douglas C. MICHAEL, «Preelection judicial review: taking the initiative in voter protection», *California Law Review*, núm. 71 (1983), págs. 1216 y ss.; también, Marilyn E. MINGER, «Putting the “single” back in the single-subject rule: a proposal for initiative reform in California», *U.C. Davis Law Review*, núm. 24 (1991), págs. 886 y ss.; y Rudy KLAPPER, «The falcon cannot hear the falconer: how California’s initiative process is creating an untenable Constitution», *Loyola of Los Angeles Law Review*, núm. 48 (2015), págs. 780 y ss.

⁴⁴ Pág. 241.

⁴⁵ Pág. 262.

⁴⁶ *Ibidem*.

**LA NUEVA REGULACIÓN DEL DERECHO DE REPARACIÓN
EXTRAORDINARIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN ALEMANIA, A
TRAVÉS DE LA PROMULGACIÓN DEL LIBRO XIV DEL
CÓDIGO DE SEGURIDAD SOCIAL***

[*THE NEW REGULATION OF THE RIGHT TO SOCIAL
COMPENSATION IN GERMANY, THROUGH THE ENACTMENT OF
THE XIVTH BOOK OF THE SOCIAL SECURITY CODE*]

Holger Brecht-Heitzmann

Fecha de recepción: 6 de julio de 2022
Fecha de aceptación: 15 de julio de 2022

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. ORIGEN HISTÓRICO DE LA LEY.- III. ORDENACIÓN SISTEMÁTICA.- IV. REQUISITOS DE LA REPARACIÓN EXTRAORDINARIA EN EL LIBRO XIV DEL CÓDIGO DE SEGURIDAD SOCIAL.- 1. Acontecimiento dañoso.- 2. Beneficiarios.- 3. Causalidad de las consecuencias dañosas.- V. PRESTACIONES DE LA REPARACIÓN EXTRAORDINARIA DE SEGURIDAD SOCIAL.- VI. CONCLUSIÓN.

*Contents: I. INTRODUCTION.- II. HISTORICAL
DEVELOPMENT OF THE LAW.- III. SYSTEMATIC
CLASSIFICATION.- IV. REQUIREMENTS FOR
COMPENSATION ACCORDING TO THE SGB XIV.- 1.
Damaging incident.- 2. Beneficiary.- 3. Causal consequences of
the damage.- V. SOCIAL COMPENSATION BENEFITS.- VI.
CONCLUSION.*

Resumen: El artículo ofrece una visión general del derecho de reparación extraordinaria de seguridad social en Alemania. El Libro XIV del Código de Seguridad Social estará en vigor desde 1.1.2024, reuniendo una serie de distintas leyes sobre la reparación extraordinaria de seguridad social. Se

* Traducción al castellano, desde el alemán original („Neuregelung des sozialen Entschädigungsrecht in Deutschland durch Einführung des SGB XIV“), de Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela.

exponen los requisitos esenciales, así como el espectro de prestaciones de la reparación extraordinaria de seguridad social.

***Abstract:** The article provides an overview on the Social Compensation Law in Germany. On January 1st, 2024, the SGB XIV will come into force, which brings together a number of different laws on Social Compensation. The main requirements and the range of benefits of Social Compensation are presented.*

Palabras clave: Alemania, Derecho de la Seguridad Social, Indemnización de daños por vacunación, Reparación extraordinaria de seguridad social, Víctimas de violencia

***Keywords:** Germany, Social Security Law, Vaccination damage, Social compensation, Victims of violence*

* * *

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, el Derecho de reparación extraordinaria de seguridad social se orientaba en Alemania a las víctimas de ambas guerras mundiales. El atentado terrorista en diciembre de 2016 en el mercado de navidad de la Breitscheidplatz berlinesa ha reforzado, sin embargo, el punto de vista sobre la ayuda a las víctimas de actos violentos. En congruencia con ello, se exigió al legislador que adaptase el Derecho de reparación extraordinaria de seguridad social a los problemas y cuestiones sociales actuales¹.

Con efectos de 1.1.2024, entra en vigor el Libro Decimocuarto del Código de Seguridad Social —reparación extraordinaria de seguridad social— (abreviadamente: SGB XIV)², con el que se reúnen regulaciones del Derecho de reparación extraordinaria de seguridad social repartidas en una multitud de leyes diferentes³. Según la cronología del Código de Seguridad Social, que se componía hasta entonces de 12 Libros, tendría que haber sido en realidad el Libro XIII del Código de Seguridad Social. Sin embargo, teniendo en cuenta los sentimientos supersticiosos que habían manifestado las asociaciones de víctimas, se convirtió en el Libro Decimocuarto del Código de Seguridad Social⁴.

En lo que sigue, debe exponerse el nuevo Libro XIV del Código de Seguridad Social. Tras una breve historia de su origen, se efectúa una ordenación sistemática del Derecho de reparación extraordinaria de seguridad social. Además, se exponen los rasgos característicos esenciales y se da una visión general del espectro de prestaciones.

II. ORIGEN HISTÓRICO DE LA LEY

¹ *Bischofs*, SGB 2022, 21.

² Ley para la Regulación del Derecho de reparación extraordinaria de seguridad social de 12.12.2019, Boletín Oficial Federal (*Bundesgesetzblatt*) I, pág. 2652.

³ Comentarios al SGB XIV: *Bittner* (Editora del volumen), *juris PraxisKommentar SGB XIV*, a fecha de: 15.12.2020; *Gelnhausen/Weiner* (Editores), *Soziales Entschädigungsrecht: SGB XIV/OEG/VersMedV*, 7^a ed., 2021; *Rolfs/Giesen/Meßling/Udsching* (Editores), *BeckOK Sozialrecht*, actualización: 64^a ed., 1.3.2022; *Schmidt* (Editor), *SGB XIV*, 2021. Además, cfr. *Knickrehm/Mushoff/Schmidt*, *Das neue Soziale Entschädigungsrecht – SGB XIV*, 2021.

⁴ *Prantl*, *Süddeutsche Zeitung*, 30.11.2019, pág. 5.

Desde el año 1976, se han ido recogiendo sucesivamente en el Código de Seguridad Social las leyes de seguridad social⁵. El debate sobre la regulación legal unitaria del Derecho de reparación extraordinaria de seguridad social también se remonta a hace muchas décadas. Ya en el año 1972, la sección de Derecho de la Seguridad Social de la Asociación de Juristas Alemanes se ocupó de la cuestión: «¿Se recomienda regular de nuevo el aseguramiento social para el caso de daños personales, de los cuales el público en general asume una mayor responsabilidad?»⁶. En el año 2013, el contrato de coalición de la gran coalición previó regular de nuevo «el Derecho de reparación extraordinaria de seguridad social y de la indemnización de víctimas en un marco regulatorio acorde con los tiempos y duradero»⁷. El anteproyecto de ley de un Libro XIII del Código de Seguridad Social⁸, elaborado a ese respecto en enero 2017, no condujo, sin embargo, a la activación del procedimiento legislativo en la 18ª Legislatura. En una Resolución de consenso, la entonces recién elegida Cámara Baja alemana instó el 13 diciembre 2017 al Gobierno federal a que mejorase la situación jurídica de las víctimas de actos violentos a través de una próxima reforma del Derecho de reparación extraordinaria de seguridad social⁹. La orientación especial a las necesidades de estos grupos de personas, incluidas las víctimas de actos terroristas se confirmó en el contrato de coliación de la nueva gran coalición de 2018¹⁰.

⁵ Visión general en *Brecht-Heitzmann*, Revista de Derecho de la Seguridad Social 2019, 199 (págs. 202 y ss).

⁶ Al respecto, *Rüfner*, Gutachten E zum 49. Deutschen Juristentag, 1972.

⁷ *CDU/CSU/SPD*, Deutschlands Zukunft gestalten: Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD – 18ª Legislatura, 2013, pág. 53.

⁸ Al respecto, véase el Informe congresual del 49º Seminario de la Asociación alemana de Derecho de la Seguridad Social, sobre el tema «Adiós a la atención de las víctimas de la guerra – Salida para el nuevo Derecho de reparación extraordinaria de seguridad social [*Abschied von der Kriegsoferversorgung – Aufbruch zum neuen Sozialen Entschädigungsrecht*]», de *Schmidt/Süsskind*, NZS 2017, 452.

⁹ Acta de la Cámara Baja (*Bundestagsdrucksache*) 19/234, pág. 2. Sobre el resultado de consenso de la votación, cfr. Cámara Baja alemana, Protocolo del Pleno (*Plenarprotokoll*) 19/5, pág. 399A.

¹⁰ *CDU/CSU/SPD*, Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land: Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD – 19ª Legislatura, 2018, pág. 95 (renglones 4397-4413).

En el otoño de 2018, se presentó un renovado anteproyecto de ley, y tras seguirse el procedimiento legislativo¹¹, el 19 diciembre 2019 se produjo la publicación de la Ley para la regulación del Derecho de reparación extraordinaria de seguridad social. Mientras que la parte principal del Libro XIV del Código de Seguridad Social sólo entrará en vigor el 1 enero 2024, la entrada en vigor de concretas partes de la Ley, que afectan sobre todo a las prestaciones recién creadas de ayuda rápida, en especial en el lugar del suceso, se anticipó a 1 enero 2021¹².

III. ORDENACIÓN SISTEMÁTICA

De acuerdo con la sistematización considerada tradicional, el Derecho alemán de la Seguridad Social se reparte en los ámbitos de atención, de reparación, así como de ayuda y de promoción¹³. La atención de seguridad social se refiere ante todo al ámbito de los seguros sociales legales, que protegen a un determinado círculo de personas, en especial frente a la pérdida de ingresos y a los gastos derivados de los riesgos típicos de la vida, como la enfermedad, la maternidad, el accidente de trabajo, la vejez, la invalidez, la muerte del prestador de alimentos, el desempleo o la dependencia, basándose en lo esencial en las cotizaciones de los asegurados y sin requerir de ninguna necesidad económica. La promoción social debe proporcionar ante todo igualdad de oportunidades y las mismas posibilidades de desarrollo social (por ejemplo, fomento de la formación y promoción profesional, subsidio de vivienda, ayuda a jóvenes, subsidio de hijos, subsidio de padres, subsidio de cuidados). En cambio, la asistencia social se orienta a la compensación de debilidades prestacionales especiales, para garantizar el mínimo existencial (ante todo, a través del aseguramiento básico de los demandantes de empleo o de la asistencia social). La promoción social y la asistencia social se financian con impuestos y se otorgan como regla sólo en caso de necesidad individual. Frente a ello, la

¹¹ Al respecto, véase en especial el proyecto de ley del Gobierno federal de 9.8.2019, Acta de la Cámara Baja 351/91; la versión modificada tras la toma de posición de la Cámara Alta, de 9.10.2019, Acta de la Cámara Baja 19/13284; la Resolución de recomendación y el informe de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, de 6.11.2019, Acta de la Cámara Baja 19/14870.

¹² Cfr. artículo 60, apartados 5 y 7, de la Ley para la regulación del Derecho de reparación extraordinaria de seguridad social de 12.12.2019, Boletín Oficial Federal I, pág. 2652.

¹³ Fundamental, *Zacher*, DÖV 1970, 3 (6).

financiación en el marco de la reparación extraordinaria de seguridad social se efectúa igualmente con recursos impositivos, pero en este caso no se requiere por principio la necesidad¹⁴.

En el caso del Derecho de reparación extraordinaria de seguridad social, se trata de compensar los perjuicios respecto de cuya resultancia el público en general asume una responsabilidad especial¹⁵. El párrafo 5, apartado 1, del Libro I del Código de Seguridad Social crea el marco jurídico sustantivo común¹⁶, que trata en el Capítulo Primero del Libro I del Código de Seguridad Social de las funciones del Código de Seguridad Social y de los derechos sociales. Según el párrafo 5, apartado 1, inciso 1, del Libro I del Código de Seguridad Social, «tiene derecho a las medidas necesarias para el mantenimiento, para la mejora y para el restablecimiento de la salud y de la capacidad laboral y la atención económica apropiada», quien «padece un daño en su salud, de cuyas consecuencias se responsabiliza el público en general con el pago a una víctima especial o por otros motivos, al amparo de los principios del Derecho de atención». El párrafo 5, apartado 1, inciso 2, del Libro I del Código de Seguridad Social clarifica, además, que el derecho a la atención económica apropiada también corresponde a los familiares supervivientes.

Este marco jurídico se concreta por medio de la norma de información del párrafo 24 del Libro I del Código de Seguridad Social, según la cual hay que informar a los beneficiarios sobre el sistema vigente de prestaciones de seguridad social y darles una visión general de sus derechos¹⁷. Mientras que el párrafo 24, apartado 1, del Libro I del Código de Seguridad Social menciona las prestaciones a tenerse en cuenta, el párrafo 24, apartado 2, del Libro I del Código de Seguridad Social regula la competencia de las autoridades respectivas.

¹⁴ *Brecht-Heitzmann*, en: Seguridad social para todas las personas. La protección de la seguridad social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social. A propósito del trigésimo aniversario de la inclusión en el sistema de seguridad social de prestaciones no contributivas (1999-2020), 2021, págs. 1324 y ss.

¹⁵ Tribunal Federal de Seguridad Social (*Bundessozialgericht*) 8.12.1982, 9A RV 18/82, BSGE 54, 206 (208). Ahora, esto se codifica también en el párrafo 1, apartado 1, del Libro XIV del Código de Seguridad Social.

¹⁶ *Seewald*, en: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 5 SGB I marg. 2, actualización: 78º suplemento, junio 2013.

¹⁷ *Schifferdecker*, en: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 24 SGB I marg. 2, actualización: 103º suplemento, marzo 2019.

Ya antes de la promulgación del Libro XIV del Código de Seguridad Social, el Derecho de reparación extraordinaria de seguridad social formaba parte del Código de Seguridad Social. A este respecto, el legislador se servía de una ficción contenida en el parágrafo 68, núms. 7 y 8, del Libro I del Código de Seguridad Social, según la cual concretas leyes de la reparación extraordinaria de seguridad social, hasta su inclusión en el Código de Seguridad Social, se consideraban ya como partes especiales del mismo.

Lamentablemente, tras la completa entrada en vigor del Libro XIV del Código de Seguridad Social, tampoco se alcanza el objetivo de reunirlo todo en una ley¹⁸. Así, los párrafos 4 y 5 de la Ley de asistencia a los presos (*Häftlingshilfegesetz*)¹⁹, los párrafos 21 y 22 de la Ley de rehabilitación jurídico-penal (*Strafrechtliches Rehabilitierungsgesetz*)²⁰, así como los párrafos 3 y 4 de la Ley de rehabilitación jurídico-administrativa (*Verwaltungsrechtliches Rehabilitierungsgesetz*)²¹, también se remitirán en el futuro a la aplicación analógica del Libro XIV del Código de Seguridad Social, y se seguirán aplicando como partes especiales del Código de Seguridad Social, de conformidad con el parágrafo 68, núm. 7c-e, del Libro I del Código de Seguridad Social.

Además de ello, esto afecta a las circunstancias del denominado «seguro de accidentes de trabajo por analogía», que sistemáticamente se tienen en cuenta siempre en la reparación extraordinaria de seguridad social: así, en virtud del parágrafo 2, apartado 1, núm. 8 y núm. 13, del Libro VII del Código de Seguridad Social, si determinadas personas, como por ejemplo, cooperantes en emergencias, donantes de sangre y donantes de órganos, niños en guarderías, escolares, estudiantes o prestadores de servicios benévolos, padecen daños en su salud, hay que otorgarles las correspondientes prestaciones como trabajadores asegurados en caso de

¹⁸ Críticamente, *Bischofs*, SGB 2022, 21 (nota 8); también, cfr. *Kessler*, en: *Handbuch Sozialrechtsberatung*, 6ª ed., 2021, § 34 marg. 24.

¹⁹ Boletín Oficial Federal 1993 I, pág. 838, últimamente modificada por la Ley de 12.12.2019 (Boletín Oficial Federal I, pág. 2652).

²⁰ Boletín Oficial Federal 1999 I, pág. 2664, últimamente modificada por la Ley de 2.6.2021 (Boletín Oficial Federal I, pág. 1387).

²¹ Boletín Oficial Federal 1997 I, pág. 1620, últimamente modificada por la citada Ley de 12.12.2019 (Boletín Oficial Federal I, pág. 2652).

accidente de trabajo²². A este respecto, resultan de aplicación las normas del Libro VII del Código de Seguridad Social.

Por último, el Ministerio federal de Defensa ha decidido seguir su propio camino al respecto²³, con la entrada en vigor el 1.1.2025 de la Ley de reparación extraordinaria de los soldados (*Soldatenentschädigungsgesetz* o, por su acrónimo en alemán, SEG)²⁴. Esto se basó en la proximidad real de la atención a los soldados al accidente de trabajo²⁵. En congruencia con ello, la SEG se remite ampliamente al Libro VII del Código de Seguridad Social²⁶.

IV. REQUISITOS DE LA REPARACIÓN EXTRAORDINARIA EN EL LIBRO XIV DEL CÓDIGO DE SEGURIDAD SOCIAL

El fundamento central del derecho se encuentra en el párrafo 4, apartado 1, inciso 1, del Libro XIV del Código de Seguridad Social. Según él, los dañados tienen derecho a las prestaciones de la reparación extraordinaria de seguridad social, por causa de las consecuencias económicas y sanitarias reconocidas, derivadas de un perjuicio para su salud que hay que atribuir causalmente a un acontecimiento dañoso. En cambio, los derechos de los familiares, de los supervivientes y de los próximos se protegen en el párrafo 6 del Libro XIV del Código de Seguridad Social. En principio, las prestaciones de reparación extraordinaria de seguridad social sólo se otorgan a instancia de parte, acerca de lo cual existen excepciones en el párrafo 10 del Libro XIV del Código de Seguridad Social.

1. Acontecimiento dañoso

²² *Petri-Kramer*, en: Plagemann, Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht, 5ª ed., 2018, § 34 marg. 4.

²³ *Bittner*, NZS 2021, 957 (963).

²⁴ Se trata de la Ley de 20.8.2021, Boletín Oficial Federal I, pág. 3932.

²⁵ Acta de la Cámara Baja 19/27523, págs. 2 y 185.

²⁶ En detalle, *Hofene*, SGB 2021, págs. 617 y ss. El párrafo 59 de la Ley federal de protección de las fronteras remite a los preceptos sobre posición jurídica personal de hombres y mujeres soldados.

El párrafo 1, apartado 2, del Libro XIV del Código de Seguridad Social menciona como acontecimientos dañosos

- Actos violentos,
 - Repercusiones bélicas de ambas guerras mundiales,
 - Acontecimientos en conexión con la prestación del servicio civil,
- así como
- Vacunaciones u otras medidas profilácticas específicas,

que hayan causado un daño a la salud. Estas circunstancias dañosas se concretan más en detalle en el Capítulo 2, División 2, del Libro XIV del Código de Seguridad Social (párrafos 13-24)²⁷.

2. Beneficiarios

Beneficiarios de la reparación extraordinaria de seguridad social son los perjudicados a que se refiere el párrafo 2 del Libro XIV del Código de Seguridad Social, así como sus familiares, supervivientes y próximos. En consecuencia, perjudicados son las personas que han sufrido directamente un daño en su salud por medio de un acontecimiento dañoso. Según el párrafo 14, apartado 2, del Libro XIV del Código de Seguridad Social, a ellas se equiparan las víctimas del denominado «daño de “*shock*”», al recibir la noticia de un fallecimiento o de un daño grave, al presenciar actos violentos o al encontrarse una víctima²⁸. Familiares son los cónyuges, los hijos (incluidos los adoptados y los acogidos) y los padres de los perjudicados. Forman parte de los supervivientes las viudas, los viudos, los huérfanos, los padres, así como los beneficiarios de prestaciones de alimentos a cargo de una persona fallecida como consecuencia de un acontecimiento dañoso. Finalmente, como próximos se consideran los hermanos, así como las personas que mantienen con el perjudicado una comunidad de vida similar al matrimonio²⁹.

²⁷ Expresamente, *Knickrehm/Mushoff/Schmidt*, Das neue Soziale Entschädigungsrecht – SGB XIV, 2021, margs. 64 y ss.

²⁸ *Weiner*, en: Gelnhausen/Weiner, SGB XIV/OEG/VersMedV, 7ª ed., 2021, § 1 OEG marg. 39.

²⁹ Sobre los detalles, cfr. *Karl*, en: jurisPK-SGB XIV, actualización: 8.4.2022, § 2 margs. 1 y ss.

3. Causalidad de las consecuencias dañosas

A efectos del Libro XIV del Código de Seguridad Social, se consideran consecuencias dañosas los perjuicios corporales, morales, espirituales o sensoriales que se deriven de la perturbación de la salud causada por el acontecimiento dañoso³⁰. Según el párrafo 4, apartado 4, del Libro XIV del Código de Seguridad Social, para el reconocimiento de una perturbación de la salud como consecuencia dañosa basta la probabilidad de la conexión causal. Se da cuando, según el estado actual de la ciencia médica, hay más argumentos a favor que en contra de la conexión causal. En las perturbaciones psíquicas de la salud³¹, en virtud del párrafo 4, apartado 5, del Libro XIV del Código de Seguridad Social, se presume la probabilidad de la conexión causal en el caso concreto cuando existen aquellas circunstancias médicas que, según las experiencias de la ciencia médica, son apropiadas para crear la conexión causal entre un acontecimiento dañoso apropiado, según su tipo y gravedad, y el daño para la salud y la consecuencia dañosa, y esta presunción no se destruye por otro hecho causante. Sobre ello, la jurisprudencia correspondiente del Tribunal Federal de Seguridad Social se remite a la regulación legal³².

V. PRESTACIONES DE LA REPARACIÓN EXTRAORDINARIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Qué prestaciones de reparación extraordinaria de seguridad social se otorgan está regulado, en lo esencial, en los Capítulos 4 a 13 (párrafos 29-100 del Libro XIV del Código de Seguridad Social). A ello anteceden los principios prestacionales, en el Capítulo 3 (párrafos 25-28 del Libro XIV del Código de Seguridad Social). Las reglas sobre organización, ejecución y procedimiento se encuentran, ante todo, en el Capítulo 18 (párrafos 111-122 del Libro XIV del Código de Seguridad Social). Entidades gestoras de la reparación extraordinaria de seguridad social, según el párrafo 111 del Libro XIV del Código de Seguridad Social, son los Estados federados, y las

³⁰ *Tabbara*, NZS 2020, 210 (213).

³¹ Sobre la problemática, cfr. *Drohse*, NZS 2019, 613 (614).

³² Tribunal Federal de Seguridad Social 12.6.2003, B 9 VG 1/02 R, NJW 2004, 1476.

autoridades objetiva y geográficamente competentes se determinan por el Derecho de los Estados federados, en virtud de los párrafos 112 y ss. del Libro XIV del Código de Seguridad Social.

Las prestaciones de reparación extraordinaria de seguridad social, según el párrafo 26, apartado 1, del Libro XIV del Código de Seguridad Social, se otorgan en forma de prestaciones de servicios, prestaciones en especie y prestaciones económicas. En el Capítulo 4 (párrafos 29-40 del Libro XIV del Código de Seguridad Social), se introducen como novedad las prestaciones de ayuda rápida³³, que comprenden, en virtud de su párrafo 29, apartado 1, la gestión del suceso y las prestaciones en el lugar del suceso. En la gestión del suceso, en virtud del párrafo 30, apartado 1, del Libro XIV del Código de Seguridad Social, se acompaña a los beneficiarios con un gestor o gestora del suceso, activados y coordinados por el procedimiento de solicitud y el procedimiento prestacional. En el lugar del suceso, se realiza la intervención psicoterapéutica a que se refiere el párrafo 31, apartado 1, del Libro XIV del Código de Seguridad Social, para evitar el comienzo de una perturbación psíquica de la salud, o su cronificación. Como regla general, en virtud del párrafo 115 del Libro XIV del Código de Seguridad Social, las prestaciones de ayuda rápida se otorgan con un procedimiento aligerado, que se basa en la prueba sumaria. La prueba concluyente e integral sería contraria a la finalidad de la ayuda rápida, porque los hechos expresados en la solicitud se consideran en principio ciertos, sin que en este caso se produzca la constatación de los derechos a otorgar³⁴.

Un ulterior elemento prestacional central lo representa el tratamiento de la enfermedad, regulado en el Capítulo 5 (párrafos 41-61 del Libro XIV del Código de Seguridad Social). La forma y alcance de las prestaciones se corresponden con el tratamiento de la enfermedad legalmente regulado en el Libro V del Código de Seguridad Social, aunque hay mejoras complementarias³⁵. Ante todo, hay que mencionar las prestaciones complementarias a que se refiere el párrafo 43 del Libro XIV del Código de Seguridad Social, como prestaciones psicoterapéuticas especiales o prestaciones odontológicas, implantológicas, de cirugía maxilar

³³ *Balke*, SVR 2020, 16 (18).

³⁴ *Düser*, en: Gelnhausen/Weiner, *Soziales Entschädigungsrecht: SGB XIV/OEG/VersMedV*, 7ª ed., 2021, § 115 SGB XIV marg. 2.

³⁵ *Jahnke*, en *Jahnke/Burmann, Handbuch Personenschadensrecht*, 2ª ed., 2022, margs. 1992 y ss.

y ortopedia maxilar especiales, así como prestaciones adicionales relativas a dentaduras postizas.

El Capítulo 6 (parágrafos 62-70 del Libro XIV del Código de Seguridad Social) se dedica a las prestaciones de participación, que deben posibilitar a los beneficiarios una rápida participación en la vida social y profesional. Forman parte de ellas, según el parágrafo 62 del Libro XIV del Código de Seguridad Social,

- Las prestaciones de participación en la vida laboral, así como las prestaciones de garantía de la existencia y otras prestaciones complementarias,
- Las prestaciones de participación en la formación,
- Las prestaciones de participación social, y
- Las prestaciones de rehabilitación médica.

El alcance de las prestaciones se orienta, en su contenido y en su concepción, a las prestaciones de participación del Libro IX del Código de Seguridad Social, para las personas con discapacidad³⁶.

En caso de dependencia, las prestaciones que aparecen en el Capítulo 7 (parágrafos 71-81 del Libro XIV del Código de Seguridad Social) exceden las prestaciones del seguro social de dependencia. El parágrafo 75, apartado 1, inciso 1, del Libro XIV del Código de Seguridad Social prevé que se asuman los costes apropiados y necesarios, que en otro caso sólo se cubrirían parcialmente por el Capítulo 4 del Libro XI del Código de Seguridad Social. También cuando se garantizan a los perjudicados los cuidados domiciliarios a través de cuidadores especiales de dependientes en base a un contrato de trabajo, se les reembolsan en ese caso los costes apropiados y necesarios, en virtud del parágrafo 76, apartado 1, inciso 1, del Libro XIV del Código de Seguridad Social³⁷.

El Capítulo 8, que comprende únicamente el parágrafo 82 del Libro XIV del Código de Seguridad Social, se refiere a las prestaciones por ceguera, mala vista y sordera graves. En este caso, el subsidio económico mensual se abona con independencia de la edad, a diferencia de la ayuda por

³⁶ Schmidt, en: Schmidt, SGB XIV, 2021, § 62 marg. 1.

³⁷ Sobre el denominado «modelo empresarial», véase Knickrehm/Mushoff/Schmidt, Das neue Soziale Entschädigungsrecht – SGB XIV, 2021, margs. 253 y ss.

ceguera a que se refiere el párrafo 72, apartado 2, del Libro XII del Código de Seguridad Social³⁸.

En el Capítulo 9 (párrafos 83-88 del Libro XIV del Código de Seguridad Social), se regulan los pagos de reparación extraordinaria. Los perjudicados, según el párrafo 83 del Libro XIV del Código de Seguridad Social, perciben pagos mensuales dependientes de la gravedad de las resultas dañosas, que también pueden efectuarse en su caso, según el párrafo 84 del Libro XIV del Código de Seguridad Social, como indemnización en forma de un pago único por un período de cinco años. Además, los párrafos 85-88 del Libro XIV del Código de Seguridad Social regulan pagos de reparación extraordinaria a los supervivientes³⁹.

El Capítulo 10 (párrafos 89-91 del Libro XIV del Código de Seguridad Social) aborda la compensación de daños profesionales. A través de pagos mensuales, se compensa la pérdida de ingresos que se haya producido como consecuencia de un daño en la salud⁴⁰.

Según el Capítulo 11 (párrafos 92-98 del Libro XIV del Código de Seguridad Social), se otorgan prestaciones especiales en casos singulares, que requieran la necesidad de ayuda financiera, siempre y cuando la necesidad no esté exclusivamente condicionada por el daño⁴¹. En virtud del párrafo 92, apartado 4, del Libro XIV del Código de Seguridad Social, son prestaciones especiales en casos singulares:

- Las prestaciones de subsistencia a que se refiere el párrafo 93 del Libro XIV del Código de Seguridad Social,
- Las prestaciones para la promoción de la formación profesional a que se refiere el párrafo 94 del Libro XIV del Código de Seguridad Social,
- Las prestaciones de mantenimiento del hogar a que se refiere el párrafo 95 del Libro XIV del Código de Seguridad Social, así como
- Las prestaciones para otras situaciones vitales a que se refiere el párrafo 96 del Libro XIV del Código de Seguridad Social.

³⁸ Al respecto, cfr. *Schmidt*, en: Schmidt, SGB XIV, 2021, § 82 marg. 7.

³⁹ *Karl*, en: Schmidt, SGB XIV, 2021, § 6 margs. 21 y ss.

⁴⁰ *Jahnke*, en Jahnke/Burmann, Handbuch Personenschadensrecht, 2ª ed. 2022, margs. 2015 y ss.

⁴¹ *Tabbara*, NZS 2020, 210 (215).

El Capítulo 12 se compone únicamente de un solo párrafo, y crea la base jurídica para la asunción de costes en caso de traslado y de entierro. Según el párrafo 99, apartado 1, inciso 2, del Libro XIV del Código de Seguridad Social, el derecho comprende los costes reales correspondientes del traslado al lugar de entierro, supuesto que sean apropiados y necesarios, así como, según el párrafo 99, apartado 2, del Libro XIV del Código de Seguridad Social, los costes de entierro hasta una cantidad máxima determinada⁴².

Finalmente, el Capítulo 13 contiene, en el párrafo 100 del Libro XIV del Código de Seguridad Social, la regulación de un caso extremo. Como prestación subsidiaria, puede efectuarse una compensación, con el consentimiento debidamente motivado de la suprema autoridad administrativa del Estado federado, supuesto que, de la falta de aplicabilidad de las restantes reglas para el otorgamiento de las prestaciones, se derive un daño especial⁴³.

VI. CONCLUSIÓN

El Derecho de reparación extraordinaria de seguridad social debe compensar los daños respecto de los cuales la sociedad asume una responsabilidad especial. A partir del año 2024, el Libro XIV del Código de Seguridad Social será la ley central en Alemania en este concreto ámbito del Derecho de la Seguridad Social. Pero lamentablemente no ha sido posible reunir en esta ley todos los supuestos de hecho de reparación extraordinaria, dado que, por un lado, la atención de los hombres y las mujeres soldados que han padecido un daño en su salud en el servicio se regula separadamente. De otro lado, algunas leyes se siguen remitiendo a la aplicación analógica del Libro XIV del Código de Seguridad Social, y tampoco se mencionan en el Libro XIV del Código de Seguridad Social los supuestos de seguro de accidente de trabajo por analogía, que dependen del Libro VII del Código de Seguridad Social. En relación con los requisitos fácticos, el Libro XIV del Código de Seguridad Social dispone de una estructura clara, y las normas legales recogen comprensiblemente los

⁴² Sobre las particularidades, véase *Herbst*, en: BeckOK Sozialrecht, § 99 margs. 1 y ss., actualización: 64ª ed., 1.3.2022.

⁴³ Cfr. *Knickrehm/Mushoff/Schmidt*, Das neue Soziale Entschädigungsrecht – SGB XIV, 2021, margs. 331 y ss.

avances de la jurisprudencia. El espectro de prestaciones va puntualmente más allá del nivel de prestaciones de otros Libros del Código de Seguridad Social, y se orienta de nuevo en especial a las necesidades de las víctimas de actos violentos. Y de ahí que en su conjunto se trate de una ley moderna, cuya eficacia debe ahora probarse en la práctica.

**¿HACIA UN ORDEN JURÍDICO CONSTITUCIONAL EUROPEO E
INTERNACIONAL A TRAVÉS DE LOS TRIBUNALES
CONSTITUCIONALES? LA JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO COMPARADO DEL
TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

*[FOR A EUROPEAN AND INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL LEGAL
ORDER THROUGH CONSTITUTIONAL COURTS? THE
CONSTITUTIONAL CASE-LAW ABOUT COMPARATIVE LABOR AND
SOCIAL SECURITY LAW]*

María Emilia Casas Baamonde

Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2022
Fecha de aceptación: 12 de septiembre de 2022

Sumario: 1. EL MÉTODO DE ANÁLISIS.- 1.1. Los derechos fundamentales y los Estados sociales y democráticos de derecho.- 1.2. Las jurisdicciones constitucionales y el orden jurídico internacional; cuestiones en torno al método.- 2. EL «COMPARATISMO NATURAL» Y «OBLIGADO», Y EL VOLUNTARIO, DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.- 2.1. La presencia natural del Derecho comparado en las jurisdicciones internacionales y supranacionales. Las bases normativas de la utilización obligada del método comparado por el Tribunal de Justicia.- 2.2. El comparatismo en el razonamiento constitucional sobre tutela de derechos y la asunción obligada por los tribunales constitucionales europeos de los Derechos del Consejo de Europa y de la Unión Europea.- 3. EL RECURSO POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA: EL AMPLIO MARGEN DE AUTONOMÍA; PRECEDENTES EXPRESOS E INFLUENCIA IMPLÍCITA.- 3.1. La legitimación de las jurisdicciones constitucionales a través de la motivación de sus decisiones, y su conocimiento y difusión públicos. La razón de la Constitución.- 3.2. Precedentes constitucionales extranjeros explícitos e influencia cruzada entre jurisdicciones constitucionales. ¿Una decisión estratégica de las cortes constitucionales?.- 3.3. La referencia expresa a

precedentes extranjeros por las jurisdicciones constitucionales y la voz de las Constituciones.- 4. EL ESPACIO EXPRESO DEL DERECHO COMPARADO Y DE LA JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EXTRANJEROS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL: UN USO MODESTO.- 4.1. El recurso expreso a precedentes constitucionales comparados en el ámbito material del Derecho del Trabajo. Derechos fundamentales. 4.1.1. Y despido.- A) Relevancia constitucional de la prueba ilícita (Corte Suprema de los Estados Unidos y Corte Constitucional italiana). Los derechos al secreto de las comunicaciones y a un proceso con todas las garantías. Despido nulo v. improcedente.- B) Derecho de los trabajadores de libre comunicación de información veraz. La veracidad de la información (Corte Suprema de los Estados Unidos). Despido radicalmente nulo.- 4.1.2. Y derechos de libertad sindical e intimidad personal y familiar. Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación y deber de sigilo (Tribunal Constitucional Federal alemán).- 4.1.3. Y derecho de manifestación sindical (Corte Constitucional italiana y Tribunal Constitucional Federal alemán). En la pandemia de la COVID-19.- 4.1.4. Y derecho a la tutela judicial efectiva. Ejecución de sentencias frente a Estados extranjeros. Alcance de la inmunidad de ejecución de los bienes de un Estado extranjero (Derecho comparado y Tribunal Constitucional Federal de Alemania).- 4.2. Derecho de la Seguridad Social. Garantías institucionales y principios constitucionales: irretroactividad normativa y seguridad jurídica.- 4.2.1. La concepción constitucional de la seguridad social: garantía de la institución como función del Estado de regulación legal (Corte Constitucional de Italia y Derecho comparado).- 4.2.2. Y derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación. Garantía institucional de protección a la familia. Pensión de viudedad y matrimonio. Denegación de la pensión a supérstites de uniones homosexuales (Derecho comparado).- 4.2.3. Retroactividad impropia de las leyes fiscales y de seguridad social y principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Cambio de encuadramiento de los administradores sociales remunerados, el canon de previsibilidad y obligación de cotizar con efectos retroactivos. Canon de previsibilidad (Corte Constitucional italiana y Tribunal Constitucional Federal alemán).- 5. CONCLUSIONES.

Contents: 1. THE METHOD OF ANALYSIS.- 1.1. Fundamental rights and Social and Democratic Rule of Law States.- 1.2. Constitutional jurisdictions and the International legal order;

questions around the method.- 2. THE «MANDATORY» AND «NATURAL COMPARATISM», AND THE VOLUNTARY ONE, BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE EUROPEAN UNION COURT OF JUSTICE.- 2.2. The natural presence of Comparative Law in International and Supranational jurisdictions. Statutory basis for a mandatory using of the comparative method by the European Union Court of Justice.- 2.2. Comparatism in constitutional reasoning about protection of fundamental rights, and the mandatory acceptance by the European Constitutional Courts of Council of Europe's and European Union's rights.- 3. THE RESORT BY THE SPANISH CONSTITUTIONAL COURT CASE-LAW TO COMPARATIVE CONSTITUTIONAL CASE-LAW: THE WIDE MARGIN OF AUTONOMY; EXPRESS PRECEDENTS AND IMPLIED INFLUENCE.- 3.1. The legitimation of constitutional jurisdictions through the merits of their decisions, and through their knowledge and public diffusion. The reason of the Constitution.- 3.2. Foreign explicit constitutional precedents and crossed influence between constitutional jurisdictions. A strategic decision of Constitutional Courts?.- 3.3. The express reference to foreign precedents by the constitutional jurisdictions and the voice of the Constitutions.- 4. THE EXPRESS AREA OF COMPARATIVE LAW AND CASE-LAW OF FOREIGN CONSTITUTIONAL COURTS IN THE CASE-LAW OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN LABOR AND SOCIAL SECURITY MATTERS: A MODEST USING.- 4.1. The express resort to Comparative constitutional precedents in the material coverage of Labor Law. Fundamental rights.- 4.1.1. And dismissal. A) Constitutional relevance of illegal evidence (Supreme Court of the United States and Italian Constitutional Court). The rights to secrecy of communications and to a due process of law. Nul and void dismissals v. unfair dismissals.- B) The right of workers to free communication of reliable information. The reliability of information (Supreme Court of the United States). Nul and void dismissal.- 4.1.2. And union freedom, and personal and family privacy rights. Information rights of workers' representatives in matters of hiring and secrecy (German Federal Constitutional Court).- 4.1.3. And union demonstration right (Italian Constitutional Court and German Federal Constitutional Court). In the pandemic of

COVID-19.- 4.1.4. And the right to a due process of law. Execution of decisions against foreign States. Scope of the execution immunity for the assets of a foreign State (Comparative Law and German Federal Constitutional Court).- 4.2. Social Security Law. Institutional guarantees and constitutional principles: Non retroactive statutory efficacy and legal certainty.- 4.2.1. Constitutional understanding of social security: the guarantee of the institution as a statutory ruling function of the State (Italian Constitutional Court and Comparative Law).- 4.2.2. And fundamental rights to equality and non discrimination. Institutional guarantee of the protection of the family. Widow's pension and marriage. Disclaiming of pension to survivors of homosexual unions (Comparative Law).- 4.2.3. Improper retroactive efficacy of tax and social security statutes, and the principles of legal certainty and proscription of the arbitrariness of public powers. Change of coverage of paid social partners, standard of foreseeability, and obligation to contribute with retroactive efficacy. Standard of foreseeability (Italian Constitutional Court and German Federal Constitutional Court).- 5. CONCLUSIONS.

Resumen: El uso de precedentes extranjeros en la interpretación de las Constituciones estatales por sus jurisdicciones propias ha sido objeto de un debate que se ha intensificado en los últimos tiempos. La internacionalización de las jurisdicciones constitucionales y de sus decisiones es un hecho, favorecido, además de por una cultura jurídica común, por la expansión de los derechos fundamentales, de las democracias constitucionales y de los Estados de Derecho, así como por la globalización de asuntos importantes y particularmente controvertidos de la litigiosidad constitucional. El recurso por los tribunales constitucionales a precedentes comparados presenta singularidades jurídicas ineludibles en los espacios cubiertos por los ordenamientos internacionales y supranacionales europeos y, de manera particular, por el Derecho de la Unión Europea. El artículo analiza la exigua utilización explícita del Derecho comparado y de la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales por el Tribunal Constitucional español en el ámbito del Derecho del trabajo y de la seguridad social, sin abordar la influencia o recepción silenciada de las jurisprudencias constitucionales extranjeras en la española en los mismos ámbitos materiales.

***Abstract:** The using of foreign precedents in the interpretation of state Constitutions by their own jurisdictions has been object of a debate intensified in these last times. The internalization of constitutional jurisdictions and their decisions is a fact, which is favoured, besides a common legal culture, by the expansion of fundamental rights, of constitutional democracies, and of rule of law States, as well as by the globalization of important and specially controversial issues of the constitutional litigation. The resort by Constitutional Courts to comparative precedents presents unavoidable legal singularities in the areas covered by European international and supranational orders, and particularly, by the Law of the European Union. This work analyzes the meagre explicit using of Comparative Law and the case-law of other Constitutional Courts by the Spanish Constitutional Court in matters of Labor and Social Security Law, without addressing the influence or silent reception of foreign constitutional case-laws in the Spanish one in the same matters.*

Palabras clave: Tribunales constitucionales, precedentes extranjeros, derechos fundamentales, motivación de las sentencias, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea

***Keywords:** Constitutional Courts, European Court of Human Rights, European Union Charter of Fundamental Rights, European Union Court of Justice, Foreign precedents, Fundamental rights, Merits of decisions*

* * *

1. EL MÉTODO DE ANÁLISIS

Abordar «la jurisprudencia constitucional sobre el Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social» admite, como mínimo, dos diferentes enfoques, estrechamente relacionados entre sí, aunque cada uno de ellos responda a su propia lógica: pueden analizarse comparativamente las distintas jurisprudencias constitucionales sobre instituciones o materias del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, o al menos las de los tribunales constitucionales del sistema europeo de control de constitucionalidad concentrado que por su configuración y atribuciones nos son más próximos (el pionero *Verfassungsgerichtshof* austriaco, la *Corte Costituzionale* italiana, o el *Bundesverfassungsgericht* alemán), y realizar un estudio comparado de su jurisprudencia sobre los mismos asuntos o próximos de la que resultaría un Derecho constitucional comparado del Trabajo y de la Seguridad Social o un Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social comparado en las jurisprudencias de los tribunales constitucionales examinadas.

Como ha dicho P. CRUZ, «el Derecho constitucional comparado es todo menos una entelequia»¹ y así lo ha probado en obras tan conocidas como imprescindibles² —guiadas por el objetivo de entroncar nuestra jurisdicción constitucional con la tradición constitucional europea— sobre la institución de las jurisdicciones constitucionales para controlar la constitucionalidad de las leyes y de otros actos de los poderes públicos que violen la Constitución, caso este último en que las jurisdicciones constitucionales comparten su función de garantía de los derechos fundamentales con los jueces comunes u ordinarios. Es la jurisdicción “de amparo” de algunos tribunales constitucionales (del *Verfassungsgerichtshof* austriaco, del *Bundesverfassungsgericht* alemán o del Tribunal Constitucional español) de protección de los derechos fundamentales de las personas a través de un proceso constitucional subsidiario, que sirve a éstas de garantía última de dichos derechos cuando en el ordenamiento propio han sido agotados todos los remedios de la justicia ordinaria.

¹ «Pasado, presente y futuro del Tribunal Constitucional», en *La garantía jurisdiccional de la Constitución (XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional)*, CEPC, Madrid, 2022, pág. 2 de su versión en PDF (de próxima publicación).

² Que, por lo mismo, no precisan aquí de su cita expresa, aunque se traerán al caso cuando sea menester.

El Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social es también todo menos una entelequia, como vienen demostrando con sus aportaciones científicas de excelencia los profesores J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, presidente y vicepresidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social (ACDCTSS), dotada de un Instituto de Investigación y editora de este Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo. El Instituto de Investigación publicó en 2008 una obra completa hasta aquel momento y de referencia sobre *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, de la que son autores los profesores U. ZACHERT, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, estudio comparado de decisiones del Tribunal Constitucional Federal y del Tribunal Federal del Trabajo en materia de Derecho del Trabajo, individual y colectivo³. A ARUFE VARELA debemos el imprescindible *El derecho de la seguridad social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del derecho español*⁴, y a los profesores X. M. CARRIL VÁZQUEZ e I. VIZCAÍNO RAMOS, secretario y vicesecretario de la Asociación, las investigaciones realizadas con la perspectiva del Derecho comparado, línea metodológica que es marca característica del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidade da Coruña.

El análisis puede también dirigirse a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre trabajo y seguridad social para comprobar su grado de comparatismo; esto es, la presencia en sus decisiones de normas de Derecho comparado y de resoluciones de tribunales extranjeros, y en particular de los tribunales constitucionales, sobre materias laborales y de seguridad social, que hayan servido a la formación de su *ratio decidendi* o como elemento de legitimación de su motivación, de persuasión de su fundamentación, o simplemente hayan sido tenidas en cuenta por la jurisprudencia constitucional española para aceptar la convergencia o señalar la divergencia de la comparación. Desde este punto de vista analítico podremos también obtener conclusiones sobre la jurisprudencia constitucional *española* sobre el Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social.

³ Netbiblo, A Coruña.

⁴ Atelier, Barcelona, 2014.

El primer enfoque, sin duda rico y esclarecedor, se enfrenta a la dificultad de seguirlo de manera plenamente consecvente ante la amplitud y dificultades del empeño. La oportunidad de poner el foco de atención en el uso de precedentes jurisprudenciales extranjeros por parte de nuestro Tribunal Constitucional, propia del segundo enfoque, es posible que ofrezca un resultado menos rico de Derecho comparado material, pero quizás permita conocer la dimensión de Derecho comparado de nuestra jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social como elemento de su identidad institucional; al menos la dimensión comparada explícita.

Es evidente que este segundo enfoque adopta una perspectiva de estudio quizás más modesta, pero no menos importante. La «comunicación transjudicial» constitucional es, para algunos investigadores, «un área de estudio preferente en el derecho constitucional» de los últimos tiempos, principalmente en los sistemas de *judicial review* del mundo anglófono — algunas Constituciones recientes contienen previsiones específicas sobre la consideración del Derecho extranjero en su interpretación—, no obstante la indiferencia o la hostilidad manifiesta de la mayoría de los jueces de la Corte Suprema norteamericana por la cita directa en sus decisiones de precedentes extranjeros, con posiciones encendidamente contrarias de los jueces, de las instituciones políticas, de la doctrina y de la opinión pública a lo largo del tiempo⁵. Aquellas previsiones constitucionales expresas pueden tener una incidencia notable en el diálogo entre tribunales constitucionales y demandar un estudio comparado de sus jurisprudencias.

En los sistemas de *civil law*, en un marco plural de lenguas y de modelos de justicia constitucional, se han incrementado también desde fechas recientes estudios sobre el recurso por los tribunales constitucionales

⁵ T. GROPPi, «“Bottom up globalization”? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali», Quaderni costituzionali, n° 1, 2011, pág. 199. Del debate entre los propios jueces de la Corte Suprema y en la opinión jurídica y política del país da cuenta la propia GROPPi, *ibid.*; o A. A. JIMÉNEZ ALEMÁN, «Universalismo y particularismo en el Tribunal Constitucional: sobre su uso (y abuso) de los precedentes extranjeros», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, UNED, 2017, págs. 535-536. Del mayor interés es la investigación empírica coordinada por T. GROPPi y M.-C. PONTTHOREAU, *The use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2013, págs. 1 y ss.

(o supremos) a la jurisprudencia constitucional extranjera⁶, incluida la de los Tribunales de *judicial review*, que han analizado la funcionalidad de esos elementos comparados en la articulación del juicio de constitucionalidad y sus problemas, nada desdeñables, así como el verdadero alcance del diálogo entre tribunales constitucionales, próximos o alejados en su configuración institucional, a partir de la observación directa de sus jurisprudencias, lo que plantea un desafío también de enorme complejidad teórica y práctica⁷.

Unos y otros tipos de estudios, que se vienen realizando en los últimos años, atienden a la globalización del Derecho a través de la circulación de la jurisprudencia. Son ya muy numerosas las investigaciones empíricas sobre las referencias cruzadas entre las jurisdicciones constitucionales.

1.1. Los derechos fundamentales y los Estados sociales y democráticos de derecho

Ciertamente, los derechos fundamentales como tales y sus garantías constituyen el denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos por las jurisdicciones constitucionales⁸. Afortunadamente la cultura mundial de los derechos ha avanzado. Es cierto también que esos elementos comunes de interpretación constitucional sobre el respeto de los derechos fundamentales, expresión de valores universales de defensa de la dignidad y autonomía personales, pueden expresar una preocupación extendida por su defensa y contribuir a fijar un estándar de común acatamiento —¿global?— acorde a los retos de las democracias constitucionales más avanzadas en un mundo en continua transformación y expansión. La mirada de futuro de la interpretación de las Constituciones puede ayudarse de los precedentes interpretativos de otras jurisdicciones constitucionales, también alegados, en ocasiones, por las partes de los procesos constitucionales. El esfuerzo de las jurisdicciones constitucionales por conocer la resolución por otras jurisdicciones de cuestiones comunes y esenciales para la convivencia democrática, como la efectividad de los derechos fundamentales de las personas, puede coadyuvar al ejercicio de su

⁶ También en nuestra realidad: véanse los datos que hasta 2017 proporciona A. A. JIMÉNEZ ALEMÁN, *op. cit.*, págs. 530 y ss.

⁷ GROPPY y PONTTHOREAU, *The use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit., págs. 2-3.

⁸ G. ZAGREBELSKY, «Corti costituzionali e diritti fondamentali», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, págs. 297 y ss.

respectiva función jurisdiccional sobre las cuestiones dichas y los siempre delicados problemas de adaptación de las Constituciones vivas y abiertas al futuro a la realidad de su tiempo, para facilitar las respuestas jurídicas exigidas por la propia Constitución nacional, que los tribunales constitucionales garantizan.

Nuestro Tribunal Constitucional, ya en su STC 192/2003, de 27 de diciembre, había dicho que en la aplicación judicial del Derecho que es, «como toda interpretación, realización de valor, esto es, una elección entre varias valoraciones posibles hacia cuyos principios aquélla se orienta [...] ha de partirse, en primer término, de la totalidad de las representaciones de valor fijadas en la Constitución que la sociedad ha alcanzado en un determinado momento de su desarrollo cultural» (FJ 4). En su Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, que desestimó la inconstitucionalidad de la reforma legal que autorizó el matrimonio entre personas del mismo sexo, acogió, siguiendo las alegaciones del Abogado del Estado⁹, la idea de la Constitución como un «árbol vivo» de la sentencia *Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada*, de 1930¹⁰, retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004¹¹, también sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo; una cuestión constitucional ésta «global» sobre las que se han pronunciado numerosas jurisdicciones constitucionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no obstante la persistencia de soluciones diferentes en los ordenamientos estatales, incluidos los de los Estados de la Unión Europea. La interpretación evolutiva —amplia, liberal y progresiva, en palabras de la sentencia canadiense—, de la mano de la acción política del legislador en el marco del pluralismo democrático y de su control por el Tribunal Constitucional, acomoda el texto constitucional «a las realidades de la vida moderna», a las exigencias de «los problemas contemporáneos y [...] de la sociedad actual» para darles respuesta y asegurar «su propia relevancia y legitimidad» como norma fundamental del ordenamiento jurídico. La Constitución viva se enraíza en la cultura jurídica, que nutren no solo los textos jurídicos, sino también “la realidad social jurídicamente relevante, [...] las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos

⁹ Los recurrentes, como el Abogado del Estado, hicieron uso profuso del Derecho y de la jurisprudencia comparada. También por los autos de planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad de magistradas y magistradas encargados de los registros civiles: ATC 505/2005, de 13 de diciembre, Antecedentes, 3, por todos.

¹⁰ O «caso de las personas»: [1930] AC 124, [1929].

¹¹ <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2004/2004scc79/2004scc79.pdf>.

previstos en el propio ordenamiento, *el Derecho comparado* y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición» (FJ 9).

La citada sentencia hizo un recorrido por el Derecho comparado de países pertenecientes a la cultura jurídica occidental, incluyendo jurisprudencia de las cortes supremas y constitucionales, para poner de manifiesto, en un plano complementario o instrumental de su fundamentación jurídico-constitucional, el surgimiento, de su evolución, de una nueva «imagen» extendida del matrimonio y de su «concepción plural», aunque no unánimemente reconocida.

El método evolutivo de interpretación constitucional, frente al «originalista», es utilizado por la generalidad de las jurisdicciones constitucionales y por las cortes internacionales —con la excepción de nuevo, respecto de aquéllas, de la Corte Suprema norteamericana—, especialmente en el caso de Constituciones rígidas no reformadas o escasamente reformadas durante décadas¹². Su presupuesto, no imprescindible, es la vitalidad no reformada de las Constituciones o la novedad de éstas. En nuestro caso, la regla de interpretación evolutiva está asociada a la conocida regla hermenéutica del art. 10.2 CE (STC 198/2012, FJ 9), de la que, como es sabido, pero repetiré más adelante, no forma parte el Derecho ni la jurisprudencia constitucional comparada. Apenas hace falta recordar que tal método interpretativo no puede sustituir al sistema de democracia representativa —disfrazado de activismo judicial sería, sencillamente, antidemocrático—, sino meramente complementarlo¹³.

¹² Sobre la más amplia evolución o «La dimensión evolutiva de la jurisdicción constitucional en Europa», P. CRUZ VILLALÓN, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES y A. VON BOGDANDY (coords.), *La justicia constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 49 y ss.

¹³ Tiene que ser empleado con prudencia en el marco del pluralismo político, allí donde la Constitución lo permite, no donde la Constitución impone mandatos literalmente inequívocos, recurre a normas cerradas, o utiliza conceptos de significado indubitado, cuyo desconocimiento arriesgaría el carácter normativo de la Constitución. La desactualización constitucional requiere de la actuación del poder de reforma constitucional. Es de tener en cuenta, sin embargo, que la aceptación o el rechazo de la interpretación evolutiva ha merecido, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, tratamientos indebidos

ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 61-124

Resulta inevitable añadir que la comunicación entre las jurisdicciones constitucionales, y el recurso a los precedentes extranjeros, apuntan inequívocamente a la asunción por estos expedientes de un papel activo en el presunto compromiso general de esas jurisdicciones con el método evolutivo y compartido de interpretación, con los límites que derivan del ordenamiento constitucional respectivo, y con los derechos fundamentales. La funcionalidad positiva atribuida al método comparado de análisis es estimular la responsabilidad de las jurisdicciones constitucionales y favorecer el diálogo fecundo entre los constitucionalismos democráticos.

Así las cosas, sucede, sin embargo, que, como es sobradamente sabido, está lejos de ser una cualidad depositar sobre los tribunales constitucionales la carga de resolver conflictos de alta sensibilidad ética y política, que tienen en los sistemas políticos democráticos su vía de satisfacción natural. Es ésa, no obstante, una problemática distinta. De lo que aquí se trata es del estímulo del diálogo entre las jurisdicciones constitucionales a través, entre otros medios, del método jurídico comparado para hacerlas partícipes de la composición de una «voz de la Constitución»¹⁴ capaz de configurar los valores y derechos constitucionales europeos, y más allá del espacio jurídico europeo, lo que no siempre está exento de disensos y colisiones no ya llamativas, sino peligrosas para la democracia y el Estado de Derecho. Aunque no sea el único caso en el espacio jurídico europeo en la tensión permanente entre el Derecho de la Unión y las Constituciones nacionales, que han permitido la cesión de soberanía a la Unión, no puedo dejar de referirme aquí al gravísimo conflicto protagonizado recientemente por el Tribunal Constitucional de Polonia, cuestionada por la Unión y por el Tribunal de Justicia, y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por las deficiencias de

y votos particulares por su aplicación a otras partes de la Constitución, distintas de los derechos fundamentales y las garantías institucionales, y por la atribución de fuerza evolutiva a hechos discutidos y discutibles (en la interpretación de la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en que en el ordenamiento constitucional austriaco rige el «principio de petrificación», según el voto particular de la magistrada Asúa y del magistrado Valdés a la STC 53/2016, de 17 de marzo, y por su no aplicación al Derecho privado y al título competencial autonómico sobre los derechos civiles forales o especiales (voto particular del magistrado Xiol a la STC 133/2017, de 16 de noviembre, entre otros ejemplos).

¹⁴ J.L. REQUEJO PAGÉS, «La jurisdicción constitucional en Europa: la voz de la Constitución», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES y A. VON BOGDANDY (coords.), *op. cit.*, págs. 561 y ss.

imparcialidad e independencia de la organización de su sistema judicial, incluido el propio Tribunal Constitucional, que ponían en peligro en Polonia el Estado de Derecho y los valores esenciales democráticos de la Unión¹⁵.

Ni los Estados, ni la esfera de los derechos fundamentales, sustantivos y procesales, que son por naturaleza universales, y, más ampliamente, el radio de acción de lo constitucionalmente relevante, están cerrados por las fronteras estatales en el mundo actual, siendo la globalización de los valores esenciales de las sociedades democráticas y de los propios derechos fundamentales —que van mas allá de su proclamación o asunción en las respectivas Constituciones¹⁶— la más positiva o «benéfica», capaz de procurar la oportunidad de lograr una forma de diálogo, incluso de posible convergencia, en la solución de problemas constitucionales de las sociedades pluralistas, en la resolución de la litigiosidad constitucional global¹⁷. La similitud de problemas de posible dimensión constitucional, que, a la postre, se resuelven en la defensa la protección efectiva de los derechos fundamentales en unas realidades sociales y jurídicas transformadas y en transformación, facilita la relación entre las cortes constitucionales y sus jurisprudencias. Hay que añadir que el control de determinadas jurisdicciones constitucionales nacionales sobre los derechos fundamentales se extiende al de sus vulneraciones por las autoridades nacionales en su actuación extraterritorial. El método de análisis

¹⁵ Sin remontarme a sus precedentes anteriores, que arrancan de 2005, ni relatar el rosario de decisiones de la Unión y del TJUE, y del TEDH que han jalonado el conflicto, llegó a su punto álgido con las sentencias del Tribunal Constitucional polaco de 14 de julio, asunto P 7/20, y de 7 de octubre de 2021, asunto K 3/21, que declararon, la primera, el *ultra vires* del TJUE, opuesto al orden constitucional polaco, y, la segunda, la incompatibilidad con la Constitución polaca e inconstitucionalidad parcial de varios preceptos del TUE (arts. 1, 2, 4 y 19). En sus sentencias de 24 de noviembre de 2021 y de 10 de marzo de 2022 (K 6/21 y K 7/21) declaró la inconstitucionalidad del artículo 6 del CEDH sobre el derecho a un proceso equitativo, comprensivo del derecho a un tribunal imparcial e independiente, establecido por la ley. Pueden verse las decisiones básicas del conflicto en R. ALONSO GARCÍA, «El sistema europeo de fuentes: sombras, lagunas, imperfecciones», y P. ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARIA, «Variaciones sobre “el sistema europeo de fuentes: sombras, lagunas, imperfecciones”», en R. ALONSO GARCÍA y P. ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARIA, *El sistema europeo de fuentes*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2022, págs. 26 y ss. y 167 y ss., respectivamente.

¹⁶ Se consideren normas de principio, o dotadas de una irreprimible fuerza expansiva en cuanto núcleo fuerte de legitimación política de la Constitución, sin abandonar la concepción «formal» de la Constitución.

¹⁷ ZAGREBELSKY, «La Costituzione come compito», CEPC, Madrid, 2022, versión en PDF (de próxima publicación).

jurídico comparado, en su aplicación a las jurisdicciones constitucionales, tiene, como se ve, consecuencias teóricas y prácticas importantes. Y precisa de investigaciones empíricas.

1.2. Las jurisdicciones constitucionales y el orden jurídico internacional; cuestiones en torno al método

La idea expuesta está asumida por los tribunales constitucionales europeos de mayor solera, antes citados. El *Verfassungsgerichtshof*, que ha celebrado su centenario en 2020, utiliza en su página web el expresivo título «Jurisdicción constitucional internacional» y se enorgullece, «como el primer tribunal del mundo encargado de examinar las normas en el sentido de jurisdicción constitucional concentrada», de desempeñar «un papel pionero en el desarrollo de la jurisdicción constitucional», formando parte de una asociación europea y mundial de tribunales «con el objetivo de salvaguardar el Estado de Derecho y los derechos humanos». El *Bundesverfassungsgericht* dice en su página de apertura, en la que aun recuerda su 70º aniversario cumplido en 2021, en el despliegue de la pestaña sobre la Corte, que «interactúa con los tribunales federales supremos, otros tribunales constitucionales nacionales y tribunales internacionales». Pinchando en «perspectivas internacionales» añade, lo que es verdaderamente significativo de su esencia y del valor de los derechos fundamentales para el Tribunal Constitucional Federal alemán —«el carácter suprapositivo de los derechos fundamentales está en el ADN de la *Grundgesetz*»¹⁸—, que «siempre se ha visto a sí mismo como parte del orden jurídico internacional y de la comunidad mundial de tribunales constitucionales». También la *Corte Costituzionale*, en funciones desde 1956, proclama su vocación internacional en su presentación: «La justicia constitucional no es un hecho específicamente italiano. El Tribunal Constitucional italiano, si bien se sitúa en el marco de normas precisas y específicas de la Constitución de la República, tiene una fisonomía y un papel similares a los de órganos similares [...] que realizan tareas comparables», y en su trabajo, «no ignora las experiencias de otros países [...]». Nuestro Tribunal Constitucional señaló, al iniciar el ejercicio de su jurisdicción, que la proclamación de principios del artículo 10.1 de la Constitución sobre la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le

¹⁸ P. CRUZ VILLALÓN, «¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? Sobre la extensión del amparo a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, nº 25, enero-junio 2021, pág. 74.

son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, como fundamentos del orden político y de la paz social, se corresponde con reconocimientos parecidos en el Derecho comparado, y, en el plano internacional, en la Declaración universal de derechos humanos (preámbulo, párrafo primero) y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo cuarto)¹⁹.

La ignorancia de la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales nunca puede ser celebrada y la sabiduría constitucional tiene que ser expansiva teniendo en los derechos fundamentales y en los asuntos de dimensión supranacional o internacional un terreno abonado. La «influencia» de unos tribunales constitucionales sobre otros puede ser o es una realidad, a la que contribuyen, además de factores de prestigio y respeto, la existencia de una lengua común en un área jurídica determinada, cuya inexistencia, sin embargo, no la impide, pues la traducción de las decisiones de los tribunales constitucionales a otras lenguas, y por lo común, al inglés, facilita el acceso a su conocimiento, necesario para hacer realidad la internacionalización de la justicia constitucional²⁰. Sin embargo, la comparación es un método de conocimiento naturalmente exigente de entornos jurídicos e institucionales comparables. Además, como método participe en el enjuiciamiento constitucional depende, en el caso de nuestra jurisdicción constitucional, y de otras cuyas constituciones guarden silencio al respecto, de su voluntad y encuentra su límite inexcusable en la preservación del marco o norma constitucional propio de cada decisión y de su parámetro de control de constitucionalidad, del que no forman parte el Derecho comparado ni las decisiones de otras cortes constitucionales extranjeras. De nuevo la cita del artículo 10.2 de nuestra Constitución es obligada. Empujadas por ese conocimiento mutuo, las jurisprudencias constitucionales pueden llevar la comparación al contexto interpretativo de sus decisiones, que, en ocasiones, no podrán superar el obstáculo de la

¹⁹ STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5, decisión que asumió la doctrina de la doble naturaleza, subjetiva y objetiva, de los derechos fundamentales.

²⁰ El Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, K. LENAERTS, en su visita institucional al Tribunal Constitucional español, pronunció una conferencia sobre *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la UE. Un diálogo entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales constitucionales de los Estados miembros*, Madrid, 6 mayo 2022. En ella señaló que la «influencia» del Tribunal Constitucional de España no se ha limitado al continente europeo, «sino que ha servido de puente entre los Tribunales Constitucionales europeos y los Tribunales Constitucionales de Latinoamérica» (pág. 1 del texto escrito).

regulación de cada Constitución y de los ordenamientos de los que son la norma suprema. El debate no es menor.

En Europa, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y sus Protocolos, con distinto valor jurídico para los Estados miembros, pero que todos han de respetar a partir de su ratificación y en los términos de sus reservas, estableció, en nuestro caso, la densidad de contenido mínimo de los derechos proclamados por la Constitución coincidentes con los de aquél, interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 10.2 CE, de nuevo). En el espacio jurídico de la Unión Europea es probable que el diálogo entre tribunales constitucionales se incremente como consecuencia del avance del proceso de integración y de la posición central que han adquirido los derechos fundamentales en su ordenamiento desde la entrada en vigor de la Carta de los derechos fundamentales con el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6.1 TUE)²¹. El pluralismo constitucional estatal debe contribuir a establecer un constitucionalismo común europeo. Comenzaré por abordar el comparatismo realizado en solitario y entre sí por las jurisdicciones supranacionales europeas con la concisión que requiere un estudio de estas características (2).

La utilización expresa de precedentes extranjeros comparados es, como ya he advertido, decisión libre del Tribunal Constitucional, aunque hayan sido alegados por las partes, pues, como es patente, el Tribunal no es juez del Derecho extranjero²² y nada le vincula, en nuestra Constitución, a interpretar la Constitución con argumentos fundados en el Derecho comparado y decisiones de tribunales constitucionales extranjeros, «con el

²¹ Desde un punto de vista cuantitativo, en la actualidad de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia «aproximadamente un asunto sobre diez versa sobre la Carta. Cualitativamente, los derechos fundamentales ocupan un lugar central en el diálogo prejudicial entre el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones nacionales»: LENAERTS, *op. cit.*, pág. 2.

²² Carecería de todo sentido traer aquí la problemática de las vulneraciones «indirectas» de los derechos fundamentales por poderes públicos españoles que reconocen eficacia a las vulneraciones directas de esos mismos derechos por poderes públicos extranjeros en extradiciones y en la homologación de sentencias a través del mecanismo del *exequatur*. Carecería de todo sentido formal —la violación es de un poder público español— y, desde luego material. Sobre estas vulneraciones «indirectas» de derechos fundamentales hay una amplia jurisprudencia constitucional. Tampoco son propios de estas páginas los problemas de alegación y prueba del Derecho extranjero.

que nuestro ordenamiento no tiene que coincidir necesariamente»²³. El Tribunal Constitucional no tendrá que argumentar específicamente nada sobre la alegación de precedentes extranjeros, al tiempo que puede razonar con ellos si han influido en su decisión, o si no lo han hecho y los rechaza²⁴, y no hacerlo, pese a que hayan influido (3).

El enfoque comparatista que aquí se adopta se centrará en el modo de razonar de nuestro Tribunal Constitucional atendiendo al recurso explícito —el implícito sería inabarcable— al Derecho y a la jurisprudencia constitucional comparados, a las citas o referencias expresas en la motivación de sus decisiones a otras jurisdicciones constitucionales, con la finalidad de ofrecer un enfoque singularizado, que contribuya a completar el análisis de nuestra jurisprudencia constitucional a lo largo de sus más de cuarenta años de existencia, siempre en el ámbito material laboral y de seguridad social (4).

En todo caso, la elección del método del análisis responde a una decisión subjetiva.

2. EL «COMPARATISMO NATURAL» Y «OBLIGADO», Y EL VOLUNTARIO, DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

²³ ATC 496/1989, de 16 de octubre, FJ 1.

²⁴ En su STC 12/2008, de 29 de enero, dijo que las consideraciones de los recurrentes «sobre los avatares de las jurisprudencias italiana y francesa» —las Constituciones habían sido reformadas al efecto— sobre la igualdad de mujeres y hombres en la representación política no le competían. No obstante, razonó con la diferencia entre aquellos ordenamientos y el nuestro por «la amplitud de contenido del art. 9.2 CE [...]» (FJ 4). Las referencias a decisiones del Consejo Constitucional francés se mantuvieron en los antecedentes de las SSTC 13/2009, de 19 de enero, y 40/2011, de 13 de marzo, alegadas por los recurrentes y combatidas por el Parlamento Vasco y la Junta de Andalucía. Las STC 13/2009 y 40/2011 desestimaron los recursos de inconstitucionalidad de diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, y precepto de Ley andaluza 5/2005, de 8 de abril, de modificación de la Ley electoral de Andalucía. En las sentencias sobre la diferencia de trato de la mujer y el varón en el delito de maltrato ocasional familiar, conforme a la regulación del Código Penal reformada por la Ley orgánica de protección integral contra la violencia de género, no respondió a las referencias de los autos de los juzgados de lo penal cuestionantes sobre el carácter insólito en el Derecho comparado de las medidas del legislador español, solo contempladas en aquel momento en la legislación de Suecia (SSTC 50/2008, de 14 de mayo, y 83/2008, de 17 de julio, Antecedentes.3).

2.1. La presencia natural del Derecho comparado en las jurisdicciones internacionales y supranacionales. Las bases normativas de la utilización obligada del método comparado por el Tribunal de Justicia

Puede calificarse de «comparatismo interno obligado» el método de decisión que utilizan los tribunales internacionales y supranacionales, integrados por jueces de distintos Estados con diferentes sistemas y culturas jurídicos, que comparan el Derecho o práctica estatal cuestionada con los ordenamientos supranacionales e internacionales que interpretan y aplican y de los que son sus órganos de garantía jurisdiccional. Se sirven de los ordenamientos de los Estados en que nace la queja, que pueden responder a contextos jurídicos distintos, y no prescinden necesariamente de los ordenamientos representados en su composición plural, y, en consecuencia, del Derecho comparado en sus deliberaciones y decisiones. La razón jurídica de la decisión adoptada está, no obstante, como es patente, anclada en el ordenamiento supranacional o internacional que interpretan y aplican, según las reglas de interpretación de esos ordenamientos. En esa interpretación y aplicación los tribunales, en los diversos ámbitos de sus jurisprudencias, tienen en cuenta y comparan las precedentes decisiones por ellos dictadas, y el marco jurídico de sus pronunciamientos en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, con las que han de dictar para resolver los nuevos litigios sobre las mismas o parecidas cuestiones o sobre nuevos asuntos en los ordenamientos de los mismos o de otros Estados, que también pueden compararse con otros precedentes comparados procedentes de otros ordenamientos internacionales de derechos humanos. Se ha dicho, por ello, que, las cortes internacionales y supranacionales, de alguna manera, son por naturaleza comparatistas²⁵.

La consulta de cualquier decisión de esos Tribunales pone de manifiesto la comparación flagrante de la «legislación y prácticas internas pertinentes» y del «Derecho europeo e internacional pertinente», además de «material de Derecho comparado», en el caso del TEDH; o, en el marco jurídico, el Derecho de la Unión y el Derecho nacional de que se trate, en el caso del TJUE en cuestiones de prejudicialidad. En las sentencias en recursos por incumplimiento de los Estados también figura, en el marco

²⁵ C. ROZAKIS, “The European Judge as Comparatist”, *Tulane L. Rev.*, 2005, p. 273.

jurídico, sus normas recurridas por incumplimiento de las obligaciones que el Derecho de la Unión impone al Estado presuntamente incumplidor.

No me ocuparé de la utilización del método comparado «externo» o extrasistemático y voluntario por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que nos llevaría lejos del objetivo de estas páginas²⁶. La consulta de HUDOC, la base de datos de acceso a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, permite comprobar las referencias cruzadas de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a las de otros tribunales internacionales y a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁷, que, a su vez, en vía de principio y en numerosas decisiones dice desarrollar su jurisprudencia a la luz de la del TEDH y cita en sus sentencias las de aquél. Volveré sobre ello. Tampoco es infrecuente la exposición por las sentencias del Tribunal de Estrasburgo de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de los Estados frente a los que se dirige la demanda por sus nacionales que se consideran víctimas directas de violaciones de los derechos y garantías previstos en el CEDH o en los Protocolos que lo desarrollan, y, menos aún, de un cuerpo de Derecho comparado material²⁸.

²⁶ J. GARCÍA ROCA, P. A. FERNÁNDEZ, P. SANTOLAYA, R. CANOSA, *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Navarra, 2012; T. GROUPI y A. M. LECIS COCCU-ORTU, «Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?», *Revista de Derecho Político*, n° 91, 2014, págs. 183 y ss. Obviamente, ese «comparatismo externo» o extrasistemático del Tribunal Europeo no se limita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino a otros sistemas de derechos humanos, y obviamente, al universal: G. COHEN-JONATHAN, J. F. FLAUSS (coords.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruselas, 2005.

²⁷ Como ejemplo, a propósito del concepto de discriminación refleja (por sexo, discapacidad y etnia), la STC 71/2020, de 29 de junio, citó en su apoyo la sentencia del TEDH de 22 de marzo de 2016, *Guberina contra Croacia (Application n° 23682/13)*, parágrafo 79, y ésta a su vez, en la exposición del material internacional relevante, antes de comenzar su razonamiento en Derecho, invocó la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, artículos 21 y 16, y las sentencias del Tribunal de Justicia *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law* (C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415) y *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashchita ot diskriminatsia* (C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480).

²⁸ Siguiendo con los ejemplos, SSTEDH *López Ribalda y otras c. España*, Gran Sala (Applications n°s. 1874/13 y 8567/13), de 17 de octubre de 2019; *Aldeguer Tomás c. España* (Demanda n° 35214/09), de 14 de junio de 2016, en la que el TEDH dedicó un apartado precisamente a «La protección de los derechos humanos del sistema interamericano».

Sí debo destacar el «comparatismo externo» —además del interno, comenzando por el que opera sobre las diferentes versiones lingüísticas de las disposiciones del Derecho de la Unión— a que está obligado el Tribunal de Justicia por la Carta. Dejo sin tratamiento, también en su caso, el comparatismo voluntario.

El TUE estableció que los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta «se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta» y «teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones» (art. 6.1.3º); y que los derechos fundamentales garantizados por el CEDH y «los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales» (art. 6.3), que, según la jurisprudencia del TJUE, tienen rango constitucional. Esos principios generales del Derecho de la Unión, que no son los derechos y principios de la Carta, han de identificarse a través del método comparado²⁹.

El TJUE ha de utilizar el método comparado en la operación de verificación de la correspondencia de los derechos de la Carta con los reconocidos por el CEDH. La Carta ha dispuesto que, en la medida en que los derechos que reconoce se correspondan con derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio, sin que la Carta impida que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa (arts. 52.3 y 53), ni, según ha precisado el Tribunal de Justicia, imponga que el Convenio sea canon de validez del Derecho de la Unión, en tanto no se ratifique. Una precisión por el TJUE de lo que es jurídicamente obvio, pero al tiempo necesario, dada las faltas de ratificación y las ratificaciones condicionadas de determinados Protocolos del CEDH por Estados de la UE. El TJUE la ha formulado diciendo que «si bien los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales —conforme al artículo 6 TUE, apartado 3— y el artículo 52, apartado 3, de la Carta exige dar a los derechos contenidos en ella que correspondan a derechos garantizados por el CEDH el mismo sentido y alcance que les confiere dicho Convenio, este no constituye, dado que la Unión no se ha adherido a él, un instrumento

²⁹ R. ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, págs. 72-73. Véase su acertada crítica sobre el rango constitucional como elemento definitorio de estos principios, cuya identificación resultaría de su falta de normativización positiva, y su posible asunción por normas de rango constitucional (págs. 71-74).

jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión»³⁰. Con consecuencias prácticas inevitables que se proyectan sobre el distinto funcionamiento del sistema jurisdiccional del CEDH y de la UE ante la protección de sus derechos.

Ha precisado también el Tribunal de Justicia que «en la medida en que la Carta contiene derechos que se corresponden con derechos garantizados por el CEDH, el artículo 52, apartado 3, de la Carta pretende garantizar la coherencia necesaria entre los derechos que contiene ésta y los derechos correspondientes garantizados por el CEDH, sin que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», por lo que a efectos de la interpretación de la Carta procede tener en cuenta el CEDH como nivel mínimo de protección³¹. Recordando que, según las explicaciones relativas al artículo 52.3 de la Carta, el precepto «pretende garantizar la coherencia necesaria entre la Carta y el CEDH, sin que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea»³². Se ha dejado así el Tribunal de Justicia una puerta abierta a su interpretación o ponderación autónoma.

Además, sobre el Tribunal de Justicia pesa en la Carta, como en el artículo 6.3 del TUE, un mandato de interpretación de los derechos fundamentales de acuerdo con el Derecho comparado. Dice el artículo 52.4 de la Carta que «en la medida en que la Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las

³⁰ SSTJUE de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, apdo. 44; de 3 de septiembre de 2015, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros/Comisión*, C-398/13 P, ECLI:EU:C:2015:535, apdo. 45; de 15 de febrero de 2016, *N.*, C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84, apdo. 45; de 29 de mayo de 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW y otros*, C-426/16, ECLI:EU:C:2018:335, apdo. 40. El arranque en el controvertido dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, que declaró la adhesión de la Unión, limitada al CEDH, al Protocolo Adicional y al Protocolo 6, ratificados por todos los Estados, no compatible con el artículo 6 TUE, apartado 2, ni con el Protocolo (nº 8).

³¹ STJUE de 12 de febrero de 2019, *TC*, C- C-492/18 PPU, ECLI:EU:C:2019:108, apdo. 57. Con cita de las SSTJUE de 15 de marzo de 2017, *Al Chodor*, C-528/15, ECLI:EU:C:2017:213, apdo. 37, y de 14 de septiembre de 2017, *K.*, C-18/16, ECLI:EU:C:2017:680, apdo. 50 y jurisprudencia allí citada.

³² SSTJUE de 15 de febrero de 2016, *N.*, C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84, apdo. 47; 14 de septiembre de 2017, *K.*, C-18/16, ECLI:EU:C:2017:680, apdo. 50; 20 de marzo de 2018, *Menci*, C- 524/15, ECLI:EU:C:2018:197, apdo. 23.

citadas tradiciones». Al Tribunal de Justicia corresponde identificar esas tradiciones constitucionales recurriendo al Derecho comparado, de modo que su interpretación de esos derechos refleje «un cierto consenso constitucional entre los Estados miembros»³³, reposando su decisión, cuando el consenso constitucional no existe entre los Estados, en materias no atribuidas al Derecho de la Unión como el Derecho de familia, en los derechos del Derecho de la Unión —derechos de libre circulación y residencia—, sin imponer cambios en las Constituciones nacionales —sin afectar a la «identidad constitucional» de los Estados— o en los Derechos nacionales³⁴. Cuando el consenso existe, como sucede con el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial predeterminado por la ley (art. 47 de la Carta), condición esencial del Estado de Derecho y los valores de la Unión (art. 2 TUE), su Derecho, dentro de sus atribuciones, y las decisiones del Tribunal de Justicia se imponen. Las SSTJUE, en pleno, de 16 de febrero de 2022, C- 156/21, Hungría/Parlamento y Consejo, y C-157/21, Polonia/Parlamento y Consejo³⁵, declararon que esos valores, compartidos por los Estados definen su identidad y la de su ordenamiento jurídico, debiendo la Unión estar en condiciones de defenderlos.

2.2. El comparatismo en el razonamiento constitucional sobre tutela de derechos y la asunción obligada por los tribunales constitucionales europeos de los Derechos del Consejo de Europa y de la Unión Europea

Visto desde las jurisdicciones constitucionales, y, en concreto, desde nuestro Tribunal Constitucional, el CEDH y la jurisprudencia del TEDH y el Derecho de la Unión y la jurisprudencia del TJUE no son,

³³ LENAERTS, *op. cit.*, pág. 4; LENAERTS y J. GUTIÉRREZ-FONS, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de Justice de l'Union Européenne*, Bruylant, Bruselas, 2020, págs. 93 y ss. y 149 y ss.

³⁴ Las decisiones del Tribunal de Justicia, citadas por el Presidente LENAERTS en su conferencia, que demuestran la inexistencia de un consenso europeo sobre la concepción del matrimonio (homosexual), sobre el concepto de cónyuge, y los consiguientes vínculos de filiación (paternidad y maternidad de personas del mismo sexo) responden a un planteamiento comparatista. A su lectura me remito: *op. cit.*, págs. 5-6.

³⁵ ECLI:EU:C:2022:97 y ECLI:EU:C:2022:98. En recursos de anulación de Hungría y Polonia del Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión y el mecanismo de recuperación y resiliencia por la crisis de la COVID-19.

obviamente, Derecho comparado³⁶, aunque el Tribunal Constitucional deba «comparar» la identidad, similitud o conexidad de las controversias suscitadas, que ha de decidir, con las resueltas por el TEDH y por el TJUE y de las normas aplicables de aquellos ordenamientos jurídicos y la interpretación hecha por sus órganos jurisdiccionales de garantía con las normas sobre derechos fundamentales de nuestra Constitución, que el Tribunal garantiza. El Tribunal Constitucional «dialoga» con los Tribunales internacionales y supranacionales³⁷. A través de ese diálogo entre ordenamientos y tribunales, que es un diálogo comparatista desde un punto de vista laxo, en que la comparación se inserta en el entramado de la decisión jurisdiccional, el Tribunal Constitucional, establecida la semejanza de supuestos de hecho y de derechos, asume el carácter vinculante de aquellos ordenamientos al deber interpretar las normas sobre los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce *de conformidad* con las interpretaciones de los Tribunales citados; y, cuando esté en juego la aplicación del Derecho de la Unión por las autoridades españolas, la normatividad de la Carta, con los rasgos de primacía, efectividad y uniformidad que son propios del Derecho de la Unión (art. 10.2 CE). El citado precepto constitucional proclamó la coincidencia de nuestro sistema constitucional de valores y principios con el ámbito de valores y principios del Derecho internacional de los derechos humanos y con el CEDH y nuestra voluntad como Nación de convertir los derechos fundamentales en «base fundamental de organización del Estado»³⁸.

Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no aplica únicamente la doctrina contenida en sentencias, tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del Tribunal de Justicia, dictadas en asuntos promovidos por ciudadanos, jueces y tribunales españoles o por el Comisión Europea contra España —la especial problemática jurídica de la

³⁶ En alguna ocasión, en la primera etapa de rodaje de nuestra jurisdicción constitucional, el CEDH y el Derecho comunitario se citaron al lado o a continuación del Derecho comparado: por el Abogado del Estado en defensa de la constitucionalidad de la Ley de incompatibilidades del personal de las Administraciones públicas (Ley 53/1984, de 26 de diciembre), en concreto de las incompatibilidades de pensiones y haberes activos: STC 178/1989, de 2 de noviembre, Antecedentes. 9.

³⁷ P. PÉREZ TREMPES, «La experiencia española de aplicación de las Cartas Europeas de Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional», en E. FERRER MAC GREGOR y A. HERRERA GARCÍA, *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales. In memoriam de J. Carpizo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 397 y ss.

³⁸ SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3; 12/2008, de 29 de enero, FJ 4.

eficacia de esas decisiones no es tema de este estudio—, sino también frente a otros Estados miembros, con lo que la dimensión comparativa del método jurídico de interpretación constitucional se extiende a otros ordenamientos. Esas resoluciones introducen pluralidad. Está presente en ellas el *background* del caso y el Derecho y la práctica extranjeras, incluidas en su caso las decisiones de los Tribunales constitucionales extranjeros, que por esta vía llegan al Tribunal Constitucional, pero, en tales casos, éste motiva su decisión razonando con la Constitución a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o del Tribunal de Justicia, no con el Derecho ni la jurisprudencia extranjera.

Ni qué decir tiene que son numerosísimas las sentencias en que el Tribunal Constitucional ha interpretado los derechos fundamentales, sustantivos y procesales, de nuestra Constitución, en su ejercicio y alcance en las relaciones laborales, individuales y colectivas, y en el ámbito de la seguridad social, citando y aplicando sentencias del TEDH o del TJUE con valor concluyente o decisorio —de la doctrina sentada o de su cambio— o meramente integrador de su motivación, incluso *ex abundantia*. Es más relevante aún señalar, aunque sea sobradamente sabido, que, sin esas aportaciones de otros ordenamientos, vinculantes o integrados en el nuestro, no se entendería la jurisprudencia constitucional en materia laboral y de seguridad social, ni nuestro vigente Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

La asunción por el Tribunal Constitucional del CEDH y de la doctrina del TEDH, lo es de derechos coincidentes en su contenido *mínimo*, aunque no necesariamente en su enunciado, ni agotadores de los reconocidos por nuestra Constitución. El Tribunal Constitucional ha explicado, desde el inicio de su jurisprudencia, que ese valor interpretativo cualificado no convierte a los tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez constitucional en el ámbito de los derechos fundamentales³⁹. En decisiones recientes ha vuelto a afirmar que «tal y como ha sido interpretado hasta la fecha por la jurisprudencia de este Tribunal, el artículo 10.2 CE tampoco supone la inclusión directa ni de la Declaración Universal de Derechos Humanos que menciona, ni de los

³⁹ Según la formulación, ya antigua, de la STC 64/1991, de 22 de marzo, si «así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba al Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas» [FJ 4 a)].

tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España en el ordenamiento jurídico español en la misma posición que ocupa la Constitución, ni como parámetro directo de la constitucionalidad de las normas internas»⁴⁰.

Algo similar ha dicho y viene diciendo el Tribunal Constitucional del Derecho de la Unión Europea, que no constituye por sí mismo canon autónomo de constitucionalidad: «ni el fenómeno de la integración europea, ni el artículo 93 CE a través del que esta se instrumenta, ni el principio de primacía del Derecho de la Unión que rige las relaciones entre ambos ordenamientos, han dotado a las normas del Derecho de la Unión Europea, originario o derivado, “de rango y fuerza constitucionales”» [STC 75/2017, de 19 de junio, FJ 2; con cita de la STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 3 a), entre otras muchas]. Lo que no quita para «otorgarle un valor hermenéutico, con fundamento en el art. 10.2 CE, incluyendo tanto los tratados constitutivos y sus sucesivas reformas, como el Derecho derivado [...] así como la interpretación que de tales normas realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [...]» (STC 156/2021, de 16 de septiembre, FJ 2, con cita de otras muchas más).

Sin embargo, la lógica jurídica de conexión de la Carta con nuestra Constitución, vista por el Tribunal de Justicia, no es la misma, como también es bien sabido, que la del CEDH, cuyos contenidos, interpretados por el TEDH, no agotan los contenidos esenciales de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, declarados por el Tribunal Constitucional; operan con igual contenido mínimo que en su relación con la Carta. La interpretación de las disposiciones horizontales de la Carta, y su interpretación por el Tribunal de Justicia, es determinante de su aplicación.

La Carta no constituye un ordenamiento autónomo de derechos fundamentales. Se dirige a los Estados «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión», que han de respetar «los derechos» y observar «los principios» y promover su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias [...] (arts. 51.1 y 52.5)⁴¹. El entendimiento de que el artículo

⁴⁰ STC 140/1018, de 20 de diciembre, FJ 5.

⁴¹ Conceptos fundamentales y controvertidos, que el propio TJUE ha definido y va precisando en una especie de historia interminable: ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, págs. 81 y ss. Vid. A. MANGAS MARTÍN, «Comentario a los artículos 51 y 52», A. MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario ACDCT*, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 61-124

53 de la Carta de los derechos fundamentales hacía compatibles esos derechos con estándares de protección más amplios o elevados provenientes de las Constituciones nacionales, que está en la base de la Declaración 1/2004 de nuestro Tribunal Constitucional montada sobre la operación de cesión de soberanía autorizada por el artículo 93 de la Constitución, demostró ser una falsa ilusión cuando el Tribunal de Justicia desautorizó esos niveles de protección más amplios en los casos en que el legislador europeo haya establecido “un estándar europeo de protección”. Nuestro Tribunal Constitucional fue destinatario de esa interpretación en la respuesta a su petición de decisión prejudicial⁴² de la STJUE *Melloni*, de 26 de febrero de 2013⁴³: «Es cierto que el artículo 53 de la Carta confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión» (apdo. 60). El Tribunal recibió la respuesta, en parte sin excesivo disgusto, pues había recurrido al Tribunal de Justicia para revisar la doctrina de su Sentencia 91/2000, de 30 de marzo, caso *Paviglianiti*, sobre el contenido «absoluto» *ad extra* del derecho de defensa integrado en el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de nuestra Constitución, una decisión que enlazaba con la vocación de internacionalización de los derechos fundamentales de algunas jurisdicciones constitucionales, que ya han sido citadas, y que el TJUE abortó en el espacio jurídico europeo⁴⁴. La revisión

artículo por artículo, Fundación BBVA, 2008, págs. 810 y ss.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, «La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, ámbito de aplicación y eficacia», en M. E. CASAS BAAMONDE y R. GIL ALBURQUERQUE, *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, F. Lefebvre, 2ª ed., Madrid, 2019, págs. 53 y ss. Sobre la cuestión también esencial de la distinción entre «derechos» y «principios», y sobre éstos, vid. las conclusiones del abogado general P. CRUZ VILLALÓN en el asunto *Association de médiation sociale*, de 18 de julio de 2013, C-176/12, ECLI:EU:C:2013:491, y la diferente construcción de la STJUE, Gran Sala, de 15 de enero de 2014, ECLI:EU:C:2014:2; y F. VALDÉS DAL-RÉ, «Constitucionalismo laboral europeo», en M. E. CASAS BAAMONDE y R. GIL ALBURQUERQUE, *op. cit.*, págs. 44 y ss.

⁴² ATC 86/2011, de 9 de junio.

⁴³ C-399/11, Gran Sala, ECLI: EU:C:2013:107.

⁴⁴ Por cierto, la STC 91/2000, al definir ese contenido absoluto, identificándolo con «el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona», que es el que «puede alcanzar proyección universal» lo engarzó en «los valores esenciales reconocidos en sus respectivas Constituciones», sobre los que se habían

ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 61-124

doctrinal resultaba de la modificación del Derecho de la Unión sobre la orden de detención y entrega en 2009. No obstante, la lectura de su Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, revela la incomodidad cierta en que se encontró el Tribunal, como Tribunal de la Constitución, al resolver el recurso de amparo conforme a la respuesta del Tribunal de Justicia, su empeño nada velado en el regreso a su doctrina tradicional como intérprete supremo de la Constitución y al juego del artículo 10.2 de la Constitución —no del artículo 93 CE—, donde está y a donde ha llevado la Carta como instrumento hermenéutico con independencia de la aplicación o no del Derecho de la Unión, y sus reticencias al nivel europeo de protección, como ponen de manifiesto los votos particulares concurrentes, en los que también ha quedado recogida la divergencia interna sobre la aplicación por el Tribunal Constitucional —en aquella composición personal— del derecho fundamental en cuestión —del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta— con el nivel de protección definido por el legislador de la Unión y el Tribunal de Justicia.

Según la interpretación del Tribunal de Justicia, desde el punto de vista de la constitucionalidad, la existencia de un canon europeo sobre un determinado derecho fundamental, cuando los Estados aplican Derecho de la Unión que regula plenamente la materia de que se trate, identifica un contenido que no actúa como premisa, presupuesto o parte mínima del contenido pleno del derecho en las Constituciones nacionales, sino como su contenido constitucional pleno. La protección superior de los derechos fundamentales de la Carta puede ser administrada por los tribunales constitucionales en los supuestos en que «la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión», siempre que se asegure la efectividad del nivel de protección de la Carta o se supere y de los principios de primacía y unidad del Derecho de la Unión, que aprecia el Tribunal de Justicia⁴⁵.

pronunciado tanto el Tribunal Constitucional Federal alemán (Sentencia de 2 de junio de 1992) como —y ese dato resulta aquí especialmente significativo— la Corte Constitucional de la propia República de Italia (Sentencia de 25 de junio de 1996), al declarar contraria a su Constitución la entrega a Estados Unidos de un condenado a muerte (FJ 8).

⁴⁵ STJ de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, cit., apdo. 29, con sus rectificaciones posteriores ante las críticas estatales por la amplitud dada al concepto de «aplicación del Derecho de la Unión»: N. M^a. MARTÍNEZ YÁÑEZ, «Período de prueba y protección frente al despido injustificado en el marco de las competencias de la Unión», en J. GÁRATE CASTRO y Y. MANEIRO VÁZQUEZ (dirs.), *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos ACDCT*, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 61-124

El Tribunal de Justicia ha evolucionado a mostrar toda la potencialidad de su contribución a hacer efectivo el principio de primacía del Derecho de la Unión a medida que avanzó el proceso de integración (Tratado de Maastricht, reformas de Amsterdam, Niza y Lisboa, Carta de los derechos fundamentales). También la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha evolucionado, naturalmente sin haber concluido esa evolución. Sin abandonar que su parámetro de enjuiciamiento es la Constitución, en defensa y garantía de la Constitución misma, incardinando el Derecho de la Unión en la legalidad ordinaria cuya interpretación sobre su conformidad o disconformidad con el Derecho de la Unión no le compete, sino a la jurisdicción ordinaria y al TJUE, se ha convertido, no obstante, siguiendo la construcción del Tribunal de Karlsruhe, en garante de la observancia por los jueces y tribunales ordinarios del principio de primacía del Derecho de la Unión, cuyo efecto de desplazamiento de las legislaciones ordinarias contrarias ningún país de la Unión discute⁴⁶ — discusión permanente en el caso de las normas constitucionales desde 1964⁴⁷—, y obliga a aquéllos a interpretar y aplicar o inaplicar las normas estatales de acuerdo con la interpretación del Tribunal de Justicia so pena de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y a los órganos judiciales de última instancia a plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia para inaplicar la norma interna si no hay acto claro o aclarado conforme a la STJUE CILFIT⁴⁸, so pena de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). No le falta razón a P. CRUZ cuando señala que la insistencia del Tribunal Constitucional en afirmar que no le corresponde interpretar el Derecho de la Unión, como juez supremo de la Constitución (art. 1.1. LOTC), tiene que ser matizada «desde el momento en que amparar frente a la conducta omisiva del juez nacional exigirá una interpretación del Derecho de la Unión»⁴⁹. Lo mismo le sucede a la *Corte Costituzionale* italiana. En su Sentencia 67/2022 de 8 de febrero⁵⁰, en la que —en cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Corte de Casación, que había dirigido dos cuestiones prejudiciales al

jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M. E. Casas Baamonde, Universidad de Santiago de Compostela, 2020, págs. 56-57.

⁴⁶ T. GROPPi, «La “primauté” del Derecho Europeo sobre el Derecho constitucional nacional. Un punto de vista comparado», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 5, 2006, pág. 225.

⁴⁷ STJUE de 15 de julio de 1964, Costa/ENEL, C-6/64

⁴⁸ Sentencia de 6 de octubre de 1982, C- 283/81, ECLI:EU:C:1982:335.

⁴⁹ «¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? ...», cit., pág 78.

⁵⁰ ECLI:IT:COST:2022:67. Ponente, Silvana Sciarrra.

Tribunal de Luxemburgo sobre la interpretación de la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración— partió del fallo del TJUE y del principio de primacía para afirmar la inaplicación de la norma interna italiana, que se oponía a la Directiva al restringir el círculo de personas familiares beneficiarias de prestaciones de seguridad social, vulnerando el principio de no discriminación e igualdad de trato de la Directiva. La *Corte Costituzionale* inadmitió por falta de relevancia la cuestión de inconstitucionalidad, consideró la obligación de la Directiva clara, precisa e incondicional y reconoció su efecto directo, imponiendo al Tribunal cuestionante la obligación de reconocer a los interesados las prestaciones de seguridad social reclamadas, no previstas por la legislación italiana⁵¹. Recordó que había declarado que el ejercicio de la facultad de inaplicación «está vinculado no sólo a la salvaguardia de la eficacia de la Directiva, sino también a una fructífera y transparente fase de transposición, que el propio legislador de la Unión Europea desea que se caracterice por el compromiso de los Estados miembros de mantener un diálogo constante con la Comisión (sentencia nº 54 de 2022, apartado 9.4.1 del preámbulo)».

El Presidente del Tribunal de Justicia ha llamado a la construcción del sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión a través de un diálogo constructivo y fructífero entre el propio Tribunal, los tribunales constitucionales estatales y el TEDH⁵².

Los tribunales internacionales y supranacionales pueden contribuir a unificar la interpretación de los derechos fundamentales de las Constituciones nacionales por los tribunales constitucionales, pese a sus diferentes culturas jurídicas, y a estimular la acción de los demandantes. Quizás los tribunales constitucionales incentiven el diálogo con aquél en la construcción de una constitucionalidad europea, que asegure la aplicación uniforme de los derechos de la Carta, no la armonización de los derechos de las Constituciones nacionales⁵³. No obstante, sería desconocer la realidad que los tribunales constitucionales se muestran reacios a activar el

⁵¹ La Corte eliminó «de forma expeditiva» los obstáculos al cumplimiento del Derecho de la Unión, «apoyándose en los principios que constituyen los rasgos esenciales del ordenamiento de la UE»: P. ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARIA, *op. cit.*, pág. 171.

⁵² LENAERTS, *op. cit.*, pág. 15.

⁵³ J. KOKOTT y C. SOBOTTA, «The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon», *EUI AEL*, 2010/06, pág. 7, <http://hdl.handle.net/1814/15208>.

mecanismo de remisión prejudicial y deciden asuntos relacionados con el Derecho de la Unión por ellos mismos⁵⁴.

Con todo, es patente que la actuación de los tribunales internacionales y supranacionales se desenvuelve en un plano distinto al del diálogo directo entre los tribunales constitucionales estatales y al del uso del método comparado de las jurisprudencias constitucionales determinadas a traer los precedentes extranjeros a sus propios ámbitos de decisión; método utilizado, en ocasiones, explícitamente por nuestro Tribunal Constitucional, y cuyo análisis en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social es el propio de este estudio.

3. EL RECURSO POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA: EL AMPLIO MARGEN DE AUTONOMÍA; PRECEDENTES EXPRESOS E INFLUENCIA IMPLÍCITA

3.1. La legitimación de las jurisdicciones constitucionales a través de la motivación de sus decisiones, y su conocimiento y difusión públicos. La razón de la Constitución

La interpretación de las Constituciones por los órganos encargados de su defensa jurisdiccional es una tarea de la mayor relevancia para las democracias. Sin entrar aquí en la objeción contramayoritaria dirigida a los tribunales constitucionales para cuestionar su legitimidad institucional en el control de las leyes aprobadas por la mayoría democrática⁵⁵, ni en otras tensiones entre la justicia constitucional y la democracia (y la política), esa interpretación, que hace efectiva la supremacía normativa de la Constitución, se dirige a todos, y no solo a las partes del litigio constitucional concreto, eficacia que asegura la publicación oficial íntegra de las sentencias del Tribunal Constitucional, con sus votos particulares en su caso, y los efectos *erga omnes* de las que «declaren la

⁵⁴ P. CRUZ VILLALÓN, «¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? ...», cit., págs. 83 y ss., a propósito de los Tribunales constitucionales austriaco y alemán, para los que la consulta prejudicial habría de ser un mecanismo casi natural tras haber decidido amparar los derechos de la Carta, y del español tras el asunto *Melloni*.

⁵⁵ Nacida hace doscientos años con la experiencia estadounidense de justicia constitucional: V. FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid, 1997.

inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y [de] todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho» (arts. 164.1 CE). El Tribunal Constitucional puede ordenar la publicación de sus autos cuando lo estime conveniente (art. 86.2 LOTC).

La motivación de las decisiones de los tribunales constitucionales es el instrumento de legitimación del ejercicio de la jurisdicción constitucional, y es contenido del derecho fundamental de los titulares de derechos e intereses legítimos a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a una motivación de la decisión fundada en derecho, y en primer término en la Constitución, norma suprema del ordenamiento (art. 24.1 CE)⁵⁶. Si la legitimidad de origen, la composición del Tribunal, no depende de la institución, su legitimidad de ejercicio le corresponde probarla a través de la fundamentación de sus resoluciones, de la justificación pública de su razón de decidir. El prestigio de la institución, su autoridad y convicción se manifiesta en la relevancia y calidad de la motivación de sus decisiones. De forma que el proceso argumental-deliberativo de toma de decisiones es de vital importancia para una jurisdicción cuyo poder, cuya «auctoritas», depende del ejercicio de su función de interpretación de la Constitución y se refleja en la motivación de sus sentencias y resoluciones, que han de expresar la razón de la Constitución en términos razonables para su aceptación por los ciudadanos. De ahí el valor de la transparencia del mecanismo decisorio de las jurisdicciones constitucionales, cuyas deliberaciones responden a una manifestación de democracia deliberativa y en cuyo beneficio —aunque el beneficio sea discutible y no aceptado por todos los sistemas constitucionales y por la crítica doctrinal— el legislador ha legitimado, en ciertas jurisdicciones constitucionales, el uso de votos particulares para la expresión de la disidencia en aras de esa transparencia como valor superior al del consenso unánime, o al menos al del consenso sin disensos expresados formalmente. Sobraría decir que la exigencia constitucional de máxima difusión y publicidad del contenido íntegro de las resoluciones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional que incorporan doctrina constitucional no es de carácter absoluto y cabe ser excepcionada en determinados supuestos en que estén en juego otros derechos fundamentales y garantías constitucionales (derechos a la intimidad, a la protección de datos de carácter personal) con los que entre en conflicto, debiendo ser ponderada por el propio Tribunal en cada caso. Así se ha encargado de precisarlo el Tribunal Constitucional a la vista de los «criterios

⁵⁶ Por todas, STC 192/2003, cit.

también seguidos por otros Altos Tribunales extranjeros», que no identifica, y por Altos Tribunales «supranacionales e internacionales y, muy especialmente, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos»⁵⁷. Pero respetados esos límites, la difusión general de las resoluciones del Tribunal Constitucional puede hacerse efectiva a través, además de la mencionada publicación oficial, de otros medios que el propio Tribunal haya dispuesto, recordando el legislador que para la efectividad de la protección de los derechos de privacidad el Tribunal ha de adoptar «las medidas que estime pertinentes para la protección de los derechos reconocidos en el artículo 18.4 de la Constitución» (art. 86.3 LOTC).

Ya en los momentos iniciales de la jurisdicción constitucional el Tribunal destacó la relación entre el derecho fundamental de comunicación libre de información veraz y el principio de publicidad de las actuaciones judiciales [arts. 20.1.d) y 120.1 CE] y la importancia, a estos efectos, de los medios de comunicación social, cuyo papel «se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social»⁵⁸; lo que reiteró, ya en este siglo, en la STC 56/2004, de 19 de abril, reconociendo el derecho a la transmisión de información veraz sobre las noticias y actuaciones judiciales por medios técnicos de captación óptica y difusión audiovisual, con la necesaria observancia de los derechos a la propia imagen, al honor, a la intimidad personal familiar y a la integridad física y moral, que pueden verse más comprometidos que a través de la información escrita. En la actualidad los tribunales constitucionales, disponen, además de oficinas y portavoces de prensa, de medios tecnológicos, potentes y eficacísimos, de difusión de sus pronunciamientos para su general conocimiento, y muy señaladamente por la opinión jurídica especializada, entre los que destacan sus páginas, accesibles en varias lenguas, y redes sociales. Son habituales los boletines informativos y comunicados de prensa sobre decisiones de importancia, actualidades y su transmisión, también en inglés, mediante correo electrónico, RSS feeds, resúmenes de actividades, videos, documentales de tv y radio. En la Corte Suprema de los Estados Unidos, sus opiniones o dictámenes «se publican en el sitio web unos minutos después de que se emiten», según su página.

⁵⁷ STC 114/2006, de 5 de abril, FJ 7.

⁵⁸ STC 30/1982, de 1 de junio, FJ 4.

3.2. Precedentes constitucionales extranjeros explícitos e influencia cruzada entre jurisdicciones constitucionales. ¿Una decisión estratégica de las cortes constitucionales?

Los precedentes extranjeros no tienen cabida en el mandato interpretativo del artículo 10.2 CE⁵⁹. Rige, como ya expliqué, «la absoluta discrecionalidad argumentativa de los jueces»⁶⁰, aun existiendo alegaciones de parte, que han de ser respondidas con el parámetro de la constitucionalidad propia, no de las razones o argumentaciones de otras jurisdicciones constitucionales. No obstante, la comunicación constitucional transnacional y la influencia recíproca de las jurisdicciones y jurisprudencias constitucionales es un hecho, con frecuencia no manifestado formalmente en sus decisiones.

En las irrepitibles fases inaugurales de las jurisdicciones constitucionales, los y las jueces que las han integrado han buscado las categorías y técnicas esenciales del ejercicio de sus funciones, además de en la reflexión doctrinal comparada sobre la Constitución y su defensa jurisdiccional, en las decisiones de otras jurisdicciones previas y de los tribunales y órganos internacionales de derechos humanos; en particular en aquellas jurisdicciones constitucionales en cuyo modo de regulación se ha inspirado o ha tomado como modelo el constituyente y el legislador para regular la jurisdicción constitucional propia. Los precedentes extranjeros son fuente de inspiración.

Las jurisdicciones constitucionales son conocedoras de la jurisprudencia de otras jurisdicciones constitucionales —obviamente, de los textos constitucionales⁶¹— y son conscientes de que, con frecuencia, sus decisiones deben resolver las mismas o similares cuestiones constitucionales que ya han resuelto otras jurisdicciones del sistema europeo de control concentrado de constitucionalidad, con sus peculiaridades, o de otros sistemas constitucionales o de otras latitudes.

⁵⁹ STC 12/2008, cit., FJ 4.

⁶⁰ JIMÉNEZ ALEMÁN, *op. cit.*, pág. 534.

⁶¹ Las referencias explícitas a otras constituciones, aunque genéricas, fueron más frecuentes en las primeras decisiones de nuestro Tribunal Constitucional, pero aparecen dispersas a lo largo de su jurisprudencia: «El derecho a comunicar que, en cierto sentido, puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión y cuya explicitación diferenciada sólo se encuentra en textos constitucionales recientes [...]» (STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4).

La circulación de la cultura constitucional es un hecho, facilitada por la traducción a otras lenguas de todas o de las decisiones más relevantes de tribunales constitucionales⁶². Todo lo cual revela no solo una posibilidad, sino una experiencia real de comunicación permanente. Sería preocupante que, en los pronunciamientos de relevancia, no referidos a la configuración constitucional de cada Estado y sí a cuestiones o materias de interés común, incluidas las estructurales sobre la organización de las jurisdicciones constitucionales, sus procedimientos y poderes, se desconociera la tarea de interpretación de sus Constituciones que llevan a término otros tribunales constitucionales. Los litigios ligados a la litigiosidad constitucional común, nueva y relevante, se resolverán con la Constitución respectiva tendiendo puentes con los precedentes extranjeros, que permitirán un común entendimiento, o, por el contrario, lo descartarán, según lo estime la jurisdicción constitucional concernida; precedentes que en todo caso las jurisdicciones constitucionales conocen.

Además de sus reuniones institucionalizadas en conferencias de distinto ámbito geográfico (mundial, europeo, iberoamericano, asiático) para la promoción del intercambio de información y el tratamiento de los problemas de la justicia constitucional, que reúnen, con distintas cadencias temporales, a los jueces constitucionales de distintos Estados, regiones y lenguas, para compartir problemas y soluciones de las respectivas jurisdicciones, es habitual que las cortes constitucionales realicen sesiones de trabajo o encuentros de estudio conjuntos para abordar asuntos de interés común en la tarea de la interpretación constitucional. No puede dejar de mencionarse la utilidad de las reuniones o encuentros bilaterales y multilaterales de jurisdicciones constitucionales, de las visitas institucionales de sus magistrados y de estudio de sus letrados y asesores. El diálogo horizontal entre las jurisdicciones constitucionales, y no solo vertical, es verdaderamente valioso. La Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, o Comisión de Venecia, órgano consultivo del Consejo de Europa en materia constitucional creado en 1990

⁶² Nuestro Tribunal Constitucional ofrece una todavía muy escasa, desafortunadamente, «selección abierta de los fundamentos jurídicos de sus resoluciones más relevantes traducidos al inglés, al francés y al alemán, que se irá ampliando progresivamente [...]. La traducción de las sentencias no es oficial: su difusión se realiza a efectos de conocimiento y consulta de los argumentos jurídicos de las resoluciones del Tribunal Constitucional».

tras la caída del muro de Berlín, también se ocupa, entre otras funciones, de asegurar la difusión y consolidación de un patrimonio constitucional común.

Ahora bien, los flujos de la interrelación en las concretas decisiones aprobadas por los Tribunales Constitucionales pueden no ser explícitos. Con mucha frecuencia no lo son. En efecto, no es inusual que, aun teniendo presente la resolución del litigio por otros y la alegación por las partes de esos precedentes extranjeros, los tribunales constitucionales, en ejercicio de su libertad de apreciación y configuración de la motivación de sus decisiones, decidan no citar expresamente decisiones constitucionales extranjeras, con lo que el conocimiento de la medida en que la jurisprudencia constitucional ha buscado en decisiones comparadas la solución y ha tomado incluso la parte esencial de su argumentación de fuentes comparadas es solo aproximado. El silencio no siempre significa minusvaloración o desconocimiento de los precedentes extranjeros. La asunción implícita por una jurisdicción constitucional de la doctrina de otras jurisdicciones constitucionales, sin citarlas, da lugar a «toda una labor subterránea, poco visible y poco conocida, cuyos frutos son, sin embargo, desde hace tiempo legibles en la motivación de las decisiones»⁶³. Lo cual deja la valoración del impacto real del comparatismo constitucional en la ambigüedad, la incertidumbre, oculto en un plano interno, en una «recepción críptica»⁶⁴. No obstante, «existe un cierto grado de influencia implícita en todo el mundo, que representa un aspecto nuevo en el Derecho constitucional»⁶⁵. Como ya he señalado, un estudio serio de esa «influencia implícita» requeriría de un equipo de investigación que partiera del conocimiento completo de las líneas jurisprudenciales y de las decisiones de las distintas jurisdicciones constitucionales.

Dejando a un lado las jurisprudencias constitucionales de los países del *common law*, en que las citas son explícitas⁶⁶, puede considerarse que la omisión o la mención escasa y selectiva de los precedentes extranjeros por otras jurisdicciones constitucionales, como la española que hace un uso

⁶³ T. GROPPi, «La “primauté” del Derecho Europeo sobre el Derecho constitucional nacional. Un punto de vista comparado», cit., pág. 243.

⁶⁴ R. BRITO MELGAREJO, «El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, abril 2010, págs. 19 y ss., www.indret.com.

⁶⁵ T. GROPPi, «“Bottom up globalization”? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali», cit., *ibid.*

⁶⁶ T. GROPPi, «“Bottom up globalization”? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali», cit., *ibid.*

moderado⁶⁷, se deba a la decisión consciente, a una estrategia de política jurisdiccional constitucional, basada no en la necesidad de fundamentar la decisión en la propia Constitución, lo que es obvio en cuanto parámetro de interpretación y de control de validez de leyes y actos, sino en que esa fundamentación jurídica en la Constitución nacional tiene, o debe tener, suficiente fuerza persuasiva y no precisa ayudarse de elementos de legitimación provenientes de otras jurisdicciones comparadas o, claro es, en determinados casos, la decisión posee una singularidad propia. El recurso por esas mismas jurisdicciones, muy ligadas a su propia cultura jurídica, a la jurisprudencia constitucional comparada puede ser explícito cuando la respuesta jurisdiccional adoptada se revela inserta en una problemática comparada conocida, o cuando se considera insuficiente la argumentación construida con el texto constitucional nacional por permitir varios entendimientos ante la falta de intervención del legislador o como consecuencia de la intervención de éste, o cuando la decisión carece del respaldo unánime o mayoritario de los jueces o magistrados integrantes del tribunal constitucional en sus distintas formaciones y el precedente extranjero viene en ayuda dialéctica del vencimiento de las resistencias. En el espacio jurídico de la Unión Europea hay también problemas comunes de interpretación de las Constituciones de los Estados que obligan, o deberían obligar, a dirigir la mirada hacia las respuestas de las jurisdicciones constitucionales.

3.3. La referencia expresa a precedentes extranjeros por las jurisdicciones constitucionales y la voz de las Constituciones

¿Es beneficioso el recurso a la cita de los precedentes extranjeros? Desde luego, no se trata de un empeño vano, ni meramente erudito, tampoco de una cortesía. Han de guardar unos ciertos requisitos de operatividad. Su uso ha de ser pertinente y alejado de un exceso de activismo judicial que se precipite en un indebido gobierno de los jueces constitucionales frente a la propia Constitución y a los legisladores democráticos, la selección del precedente o de la doctrina no puede ser caprichosa, ni aparente o superficial, sin que en ningún caso la solución extranjera se convierta en un mecanismo de interpretación o de integración de las lagunas de regulación de la Constitución nacional o de pretendidos déficits técnicos, salvo que la

⁶⁷ G. DI PLINIO, «Uso del “comparato” e problemi di legittimazione nelle dinamiche della Corti costituzionali: lo stile spagnolo», G.F. FERRARI and A. GAMBARO (eds.), *Corti nazionali e comparazione giuridica (Collana 50 anni della Corte Costituzionale)*, Edizioni Scientifiche, 2006, págs. 65-70.

propia Constitución lo admita, como es el caso de la Constitución sudafricana que llama al Derecho extranjero para interpretar sus propios derechos. Si la propia Constitución no lo autoriza expresamente, la utilización de los precedentes extranjeros como instrumento de integración o mediante una analogía extensiva distorsionadora y perturbadora sería causa del dictado de una decisión arbitraria a la que acompañaría una inadmisibles quiebra del principio de seguridad jurídica, principio que llama a los métodos de interpretación jurídica autorizados por el legislador —o por los órganos jurisdiccionales supremos en caso de silencio del legislador— y, en primer término, a la interpretación literal como garante de ese principio y del de confianza legítima, inseparable de aquél. Desde luego, la cita expresa de una sentencia de una jurisdicción constitucional extranjera no sirve para prever, con un grado de previsibilidad superior a los casos en que no se ha traído a colación un precedente extranjero, que su doctrina se seguirá en decisiones posteriores, razonando el Tribunal el cambio interpretativo. Nuestro sistema no es de *stare decisis* y, como he dicho, la utilización de referencias expresas a los precedentes extranjeros en las decisiones del Tribunal Constitucional se aloja en una valoración libre de pertinencia del propio órgano.

No es papel de los tribunales constitucionales convertirse en importadores de Derecho constitucional extranjero. Esto sentado, la cita de los precedentes extranjeros o tenidos en cuenta puede aumentar la transparencia y persuasión de la motivación de las decisiones de los tribunales constitucionales. Sin duda, el recurso explícito a referencias cruzadas comparadas favorece el diálogo entre las jurisdicciones constitucionales, promueve el conocimiento de las razones de las argumentaciones jurídico-constitucionales comparadas sobre las mismas cuestiones, y facilita la internacionalización del constitucionalismo, de la voz de las Constituciones, en defensa de los Estados de Derecho y de la democracia, de los que son dimensión sustancial los derechos fundamentales, al tiempo que sirve a la solución de asuntos importantes, de alcance supraestatal, en los que están en juego elementos esenciales de las Constituciones. Pero, insisto en ello, es esta una decisión concerniente a cada jurisdicción constitucional. Ni siquiera, como se avanzó, la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha cerrado absolutamente a utilizar el método comparativo en la interpretación de la Constitución. Dentro de un debate permanente en la vida de la institución, desde los tiempos del juez Marshall, y «a pesar de la reticencia aislacionista que existe, esta práctica

comienza a ser constante entre los *Justices* norteamericanos»⁶⁸. Y siempre con las cautelas precisas que hacen que la solución sea la determinada por la propia Constitución, teniendo en cuenta las dificultades interpretativas de sus principios, normas, categorías y conceptos.

Intimidad y honor, ha dicho nuestro Tribunal Constitucional, «son realidades intangibles cuya extensión viene determinada *en cada sociedad y en cada momento histórico*, cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial» (STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 4).

Las referencias explícitas al Derecho comparado de las sentencias del Tribunal Constitucional en las materias laborales y de seguridad social son las que nos interesan particularmente.

4. EL ESPACIO EXPRESO DEL DERECHO COMPARADO Y DE LA JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EXTRANJEROS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL: UN USO MODESTO

La jurisprudencia constitucional española da cuenta, hasta el momento, de un recurso parco o muy moderado a la jurisprudencia constitucional comparada en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, inferior al también moderado que confirma el análisis de la jurisprudencia constitucional sobre otras materias, además de sobre los derechos fundamentales —cuya definición horizontal se traslada también a las materias laborales—, como la penal, la estructural relativa a la propia configuración de la jurisdicción constitucional y de sus competencias, en ocasiones para marcar las diferencias con las jurisdicciones constitucionales comparadas (control de constitucionalidad de normas preconstitucionales, ausencia de las partes del proceso en las cuestiones de inconstitucionalidad en el modelo español, sentencias de interpretación de conformidad con la Constitución y sus límites, recusación de magistrados, diferencias entre el recurso de amparo alemán y el español tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, y la introducción del requisito objetivo de la especial trascendencia constitucional, poderes de ejecución del Tribunal Constitucional español a raíz de la reforma de la Ley Orgánica 15/2015, de

⁶⁸ BRITO MELGAREJO, op. cit., pág. 11.

16 de octubre), las competenciales, o las relativas al denominado constitucionalismo global (derechos fundamentales en general, igualdad, derechos de determinación de la propia identidad de género, COVID).

Siguiendo una consideración extensiva, que virtualmente se adentra en el comparatismo implícito, he considerado como supuestos de utilización explícita refleja o por asociación de precedentes constitucionales comparados los casos en que el Tribunal se ha limitado a aceptar en su sentencia implícita, pero inequívocamente, la construcción de Derecho constitucional comparado que expresamente le han suministrado las partes y que figura en los antecedentes de la resolución. No en los casos en que el recurrente ha invocado en el proceso una sentencia de un tribunal constitucional extranjero, cuyo rastro desaparece en la fundamentación de la sentencia del Tribunal⁶⁹. He prescindido también de las referencias genéricas al Derecho comparado y de las sentencias con menciones igualmente genéricas del Derecho y de las jurisprudencias constitucionales comparadas (contenido positivo y negativo del derecho de asociación; el *chilling effect* o efecto escalofrío, disuasorio o de desaliento del ejercicio del derecho a partir de *U.S. Supreme Court, Wieman v. Updegraff*, 344, US 183 (1952), que extrajo el efecto de posible inhibición del ejercicio de ciertos derechos fundamentales, especialmente el de libertad de expresión, de la imposición de sanciones excesivas de orden penal o administrativo, huelga en servicios esenciales para la comunidad; el derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos ...). Tampoco he tenido en cuenta, finalmente, por razones que no es necesario explicar, las argumentaciones de Derecho y decisiones constitucionales comparadas de los votos particulares. Tan solo diré que los votos particulares han recurrido al

⁶⁹ Como en la STC 119/2016, de 23 de junio, sobre la constitucionalidad de una norma gubernamental de urgencia de la crisis financiero económica y de deuda soberana de 2012, impugnada en recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno Vasco: «Tras analizar la Resolución 187/2013 del Tribunal Constitucional de Portugal, relativa a la supresión de la paga de vacaciones a los empleados públicos», que la había declarado inconstitucional, «entra el Gobierno recurrente a concretar los motivos por los que considera que es inconstitucional el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 (que suprime la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 al personal del sector público)». A este respecto, precisa que este precepto establece una reducción de aproximadamente la mitad de las retribuciones salariales de los empleados públicos del mes de diciembre de 2012, que no cumple con el presupuesto constitucional del art. 86.1 CE al no existir la necesaria [*sic*] entre la pretendida situación de urgencia y extraordinaria necesidad a la que se dirige y la modificación del sueldo de los funcionarios (concretado 15 días antes por la Ley de presupuestos para 2012) [Antecedentes, 1.b)]. Vid. X. CONFIADES (coord.), *Constitutions in the global financial crisis. A comparative analysis*, Ashgate, Farnham, Reino Unido, 2013.

Derecho comparado, en ocasiones para contrarrestar ese mismo recurso por la sentencia mayoritaria acusando su conversión en canon de constitucionalidad, denunciando su desconocimiento en otras ocasiones, o se han desenvuelto al margen de la sentencia, huérfana de referencias al Derecho comparado y a los precedentes de las jurisdicciones constitucionales extranjeras.

En su comprensión histórica, resulta lógico que la evolución jurisprudencial seguida en nuestro caso en los ámbitos materiales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social haya respondido a un sentido inverso a los avances en el diálogo explícito entre las jurisdicciones constitucionales constatados por investigaciones solventes en los últimos años. La jurisdicción constitucional española se ha preocupado por invocar el Derecho y la jurisprudencia constitucional comparada con más reiteración en las tres décadas del pasado siglo, en que hubo de asegurar su posición institucional en el sistema constitucional, que en las dos de éste, en que solo cuestiones nuevas y de alcance mundial, como el reconocimiento de derechos de seguridad social (pensiones de viudedad) a miembros de parejas homosexuales y el ejercicio de derechos fundamentales en estados excepcionales de confinamiento de las personas y de restricción de los contactos sociales impuestos para combatir la propagación de la pandemia de la COVID-19, han merecido el recurso a precedentes extranjeros⁷⁰.

Tres grandes cortes constitucionales han dejado su huella explícita en la jurisprudencia constitucional española sobre trabajo y seguridad social: la Corte Suprema de los Estados Unidos, el Tribunal Constitucional Federal alemán y la Corte Constitucional de Italia.

No es difícil hacer el balance de esa presencia mediante una sistemática sencilla.

4.1. El recurso expreso a precedentes constitucionales comparados en el ámbito material del Derecho del Trabajo. Derechos fundamentales

4.1.1. Y despido

⁷⁰ Sobre el «factor estratégico» en la elección del cierre jurisprudencial constitucional o en su apertura a otras jurisdicciones constitucionales, M. DI BARI, *Judicial dialogue and fundamental freedoms: The main features of an established judicial trend*, <http://www.forumcostituzionale.it>.

A) Relevancia constitucional de la prueba ilícita (Corte Suprema de los Estados Unidos y Corte Constitucional italiana). Los derechos al secreto de las comunicaciones y a un proceso con todas las garantías. Despido nulo v. improcedente

La STC 114/1984, de 29 de noviembre, desestimó el recurso de amparo interpuesto contra una sentencia de una magistratura de trabajo que declaraba procedente el despido del demandante. Se alegaba la vulneración de los derechos al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). En el proceso *a quo* se había tenido en cuenta como prueba la transcripción escrita de la grabación fonográfica de una conversación mantenida por el demandante, registrada por su interlocutor sin su consentimiento. La vulneración del derecho procesal se habría producido «por obra de la admisión como prueba [...] de un instrumento ilegítimamente adquirido» (FJ 1), esto es, por el reconocimiento probatorio dado por el órgano judicial de instancia a la transcripción de la conversación. En cuanto al derecho al secreto de las comunicaciones, el Tribunal Constitucional declaró que no dispensaba protección en relación con los propios comunicantes, descartando su vulneración.

En esta sentencia el Tribunal formuló por primera vez⁷¹ una doctrina general, muy cuidada, sobre la relevancia constitucional de la prueba ilícita, en la que, ante la ausencia de regulación legal en nuestro ordenamiento, recurrió a decisiones previas de la Corte Suprema estadounidense y de la Corte constitucional italiana. Las premisas lógicas de su doctrina fueron:

a) No “existe una consecutividad lógica y jurídica entre la posible lesión extraprocésal” del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones «y la pretendida irregularidad procesal de admitir la prueba obtenida a partir de aquella lesión. Sin embargo, el acto procesal podrá haber sido o no conforme a Derecho, pero no cabe considerarlo como atentatorio, de modo directo, de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución. [...] Si se acogiese la tesis del recurrente habría que concluir que el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales abarcaría no ya sólo la esfera de libertad o la pretensión vital

⁷¹ La STC 114/1984 explicó sus diferencias con los AATC 173/1984, de 21 de marzo, y 289/2984, de 16 de mayo, de inadmisión de sendos recursos de amparo constitucional por considerar de mera legalidad los problemas planteados.

en que los mismos se concretan, sino también la exigencia, con alcance de derecho subjetivo, de no reconocer eficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto atentatorio de tales derechos» (FJ 1);

b) «no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico», por lo que «la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental». No obstante, «la imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos [...] como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos». Por ello, la admisión de la prueba ilícitamente obtenida —y la decisión en ella fundamentada— no han «de resultar siempre indiferentes al ámbito de los derechos fundamentales garantizados por el recurso de amparo constitucional. Tal afectación —y la consiguiente posible lesión— no pueden en abstracto descartarse, pero se producirán sólo por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 de la Constitución)» (FJ 2).

Aquí el Tribunal Constitucional recurrió a apoyar su razonamiento en la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de la *evidence wrongfully obtained* y de la *exclusionary rule*, que impide la admisión judicial del material probatorio obtenido con violación de la IV Enmienda a la Constitución. Cita la sentencia *United States v. Janis 428 US 433 (1976)*, en la que la Corte declaró que «... la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada ...»⁷².

La conclusión de nuestro Tribunal fue la necesidad de ponderar, en cada caso, el interés público en la obtención de la verdad procesal y el

⁷² Frente a las cinco mayoritarias, expresaron opiniones disidentes los jueces Brennan y Stewart, uniéndose el famoso juez Marshall a la discrepancia de Brennan, argumentando que la regla de exclusión debería ser suprema —y no dependiente de la autoridad federal o estatal que había obtenido la prueba ilícita que había de hacerse valer en un proceso civil frente a uno u otra autoridad—, al ser un concepto vital de la Cuarta Enmienda. Denunciaron que la Corte había realizado una «operación de estrangulamiento lento de la regla».

interés en el reconocimiento de la plena eficacia a los derechos constitucionales para dar acogida preferente a uno u otro, sin que exista «un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita» (FJ 2).

c) El Tribunal Constitucional pasó a analizar la demanda con la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Su punto de partida, en 1984, fue: «No existe en nuestro ordenamiento una norma expresa que imponga la no consideración como prueba de aquellas propuestas por las partes y obtenidas antijurídicamente». Y dirigió su mirada al Derecho comparado, destacando sus divergencias⁷³: «No existen tampoco líneas jurisprudenciales uniformes en el Derecho comparado. Por lo general, los países de “*common law*” hacen prevalecer el interés público en la obtención de la verdad procesal sobre la posible causa ilícita de la prueba, con la muy notable excepción del Derecho norteamericano, en el que se rechaza la prueba ilegalmente obtenida, si bien sólo cuando la actuación irregular y contraria a un derecho constitucional se realizó por un agente público. Una solución parcialmente análoga ha prevalecido en el Derecho francés, en el que al menos parte de la jurisprudencia se inclina a considerar como “nula” toda prueba obtenida mediante el registro ilegítimo de conversaciones telefónicas (así, en este sentido, Sentencia del Tribunal de Casación de 18 de marzo de 1955). En el ordenamiento italiano, el debate doctrinal acerca de la procedencia de las pruebas ilegalmente obtenidas ha quedado parcialmente zanjado —por lo que se refiere a las pruebas específicamente “inconstitucionales”— en la Sentencia núm. 34, de 1973, de la Corte Constitucional, y en la Ley núm. 98/1974, por la que se reformó el Código de Procedimiento Penal en el sentido establecido en la citada decisión jurisdiccional. La Sentencia de la Corte declaró que “... el principio enunciado en el apartado primero de la norma constitucional (art. 15: libertad y secreto de las comunicaciones) quedaría gravemente comprometido si, por parte del interesado, pudieran valer como indicios o pruebas interceptaciones telefónicas obtenidas ilegalmente, sin previa resolución judicial motivada”».

Destacó el Tribunal Constitucional el interés de la decisión de la Corte italiana, que había enunciado el principio de que «las conductas realizadas en contravención de los derechos fundamentales del ciudadano no

⁷³ El recurrente, en el trámite de alegaciones, había ampliado la fundamentación de su recurso a los preceptos de los códigos penales francés y suizo, que, según sus consideraciones, sancionaban conductas próximas o idénticas a la grabación magnetofónica de su conversación (I. *Antecedentes*, 2.).

pueden servir de presupuesto ni de fundamento para actos procesales a instancia de aquél a quien se deban tales actuaciones constitucionalmente ilegítimas» (FJ 3).

Tras constatar la inexistencia de doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mencionó, no obstante, la resolución adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 12 de noviembre de 1971, en el caso *Scheichelbauer*, en demanda contra el Estado austriaco, que consideró que la utilización por un Tribunal nacional de un registro fonográfico como medio de prueba, que fue tachado en cuanto a su procedimiento de obtención por el recurrente, no había violado el artículo 6.1 de la Convención (derecho a la jurisdicción), sin pronunciarse sobre si dicha grabación había vulnerado el derecho a la intimidad (art. 8 de la Convención).

d) En ausencia de ley y de que sea un derecho subjetivo fundamental autónomo, como Tribunal de derechos fundamentales, nuestro Tribunal no dejó de vincular «la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental» con «la posición preferente» de éstos y su condición de «inviolables» (art. 10.1 de la Constitución), que garantiza «la nulidad radical de todo acto —público o, en su caso, privado— violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución» y «la necesidad institucional de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (el *deterrent effect* propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos)». Añadiendo que «cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento» la «exigencia prioritaria» es «atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso» (FJ 4).

e) La dimensión constitucional del problema surge cuando «constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las “garantías” propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución), implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto

de “medios de prueba pertinentes” que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse “pertinente” un instrumento probatorio así obtenido» (FJ 5).

La sentencia prosigue su argumentación sobre el contenido normativo del derecho fundamental de libertad, integridad y secreto de las comunicaciones, mirando en una ocasión al Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷⁴ y ya sin apoyar su argumentación en precedentes de Cortes supremas o constitucionales extranjeras. Sólo al concluir que no hubo contravención del derecho al secreto de las comunicaciones por la conducta del interlocutor del demandante de amparo que grabó la conversación en la que participó, vuelve el Tribunal recurrir al Derecho extranjero para decir que no existe en el nuestro un «hipotético derecho a la voz»: «Tal protección de la propia voz existe sólo, en el Derecho español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, sólo en la medida en que la voz ajena sea utilizada *ad extra* y no meramente registrada, y aun en este caso cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad (art. 7.6 de la citada Ley Orgánica 1/1982: utilización de la voz de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga)» (FJ 8).

La doctrina de la STC 114/1984 fue recogida en numerosas sentencias de amparo de contenido penal, en que el Tribunal indubitadamente afirmó, a propósito de conversaciones telefónicas intervenidas con vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18. 3 CE) que «la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos (STC 114/1984), sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.)». Con la consecuencia de la necesidad de examinar, con la perspectiva de los derechos a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), la existencia en el proceso de otras pruebas válidas, «fuera de los elementos de prueba

⁷⁴ FJ 7.

contenidos en dichas conversaciones telefónicas o inmediatamente derivados de las mismas» (STC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 4).

En el ámbito material del Derecho del Trabajo, la STC 114/1984 se cita de refilón, y huérfana de referencias a precedentes extranjeros, por la STC 281/2005, de 7 de noviembre⁷⁵, que declaró vulnerado el derecho de libertad del sindicato recurrente por la negativa empresarial al uso del sistema de correo electrónico preexistente en la empresa para la transmisión de información sindical y laboral; por la STC 241/2012, de 17 de diciembre, sobre el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones⁷⁶ en un caso de intervención empresarial sobre un programa contenido en soporte de uso común por todos los trabajadores de la empresa; y por la STC 170/2013, de 7 de octubre, sobre el diferente contenido constitucional de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones⁷⁷.

Hasta llegar a la cuestionable STC 61/2021, de 15 de marzo⁷⁸, en la que el Tribunal, diciendo proyectar la doctrina de la STC 114/1984 y desechando la existencia de una «consecutividad lógica y jurídica» entre la lesión extraprocesal de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de la trabajadora demandante de amparo (producida aquí por la monitorización por la empresa del ordenador puesto a disposición de la trabajadora) y la calificación del despido, niega la existencia de «un derecho constitucional a la calificación del despido laboral como nulo» (FJ 3). La empresa recurrente en amparo había sostenido que el despido en el que ha habido una lesión de los derechos fundamentales en el

⁷⁵ FJ 2.

⁷⁶ FJ 5.

⁷⁷ FJ 4.

⁷⁸ Precedida de la igualmente cuestionable STC 97/2019, de 16 de julio, que calificó la prueba ilícita, obtenida con vulneración de derechos fundamentales, de problema de mera legalidad ordinaria, respecto del que el Tribunal Constitucional ha de limitarse estrictamente a «determinar si la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo en relación con» el artículo 11.1 de la LOPJ «resulta compatible con las exigencias constitucionales que dimanan del art. 24.2 CE» (FJ 5). La citada STC 97/2019 originó la crítica generalizada de la doctrina procesalista. A. M^a. LORCA NAVARRETE, «¡¡La prueba ilícita ha muerto. Viva la prueba ilícita (en el proceso justo)!!», *Ley Procesal*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 29 agosto 2022, y bibliografía allí citada, www.leyprocesal.com; M. E. CASAS BAAMONDE, «Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido por violación de derechos fundamentales», *Anuario 2021 de Jurisprudencia Laboral (Estudio de 100 casos relevantes)*, BOE, Madrid, 2022, págs. 365 y ss.

proceso de obtención de la prueba no es —no «puede confundirse» con— el despido con violación de derechos fundamentales, cuestión de legalidad ordinaria de la que no corresponde conocer al Tribunal Constitucional y cuya unificación interpretativa compete al «máximo intérprete de la legalidad ordinaria» (art. 123.1 CE) (FJ 5).

A diferencia de la STC 114/1984, cuando se aprueba la STC 61/2021 ha hablado el legislador: el artículo 11.1 de la LOPJ ha dispuesto que “[n]o surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando los derechos o libertades fundamentales”; el artículo 283.3 de la LEC ordena que “[n]unca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”; el artículo 90.2 de la LRJS prohíbe terminantemente la admisión procesal de las “pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas”.

A diferencia de la STC 114/1984, la STC 61/2021 no tuvo en cuenta, no ya precedentes de Tribunales constitucionales extranjeros ni el *deterrent effect* de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, ni siquiera la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷⁹.

A diferencia de la STC 114/1984, en que el Tribunal no apreció la vulneración del derecho sustantivo al secreto de las comunicaciones, en la STC 61/2021 la vulneración de dicho derecho, y del de intimidad, apreciada desde la sentencia de instancia, no se discutió.

Para la STC 61/2021 la ley ordena una exclusión probatoria, que no afecta a la calificación del despido, dependiente de otras pruebas existentes y desconectadas de la obtenida con vulneración de derechos fundamentales, inexistentes en el caso. Con el canon de enjuiciamiento del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el Tribunal considera que la desvinculación de «la calificación del despido de la nulidad de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, no puede ser tildada de arbitraria o manifiestamente irrazonable» (FJ 5).

En una aplicación verdaderamente incomprensible del derecho a la tutela judicial efectiva la STC 61/2021 situó su vulneración en la falta de

⁷⁹ En su Sentencia *Scheichelbauer v. Austria*, de 12 de julio de 1988, consideró que la grabación ilícita por un coimputado podía incorporarse al proceso para sustentar su coartada en el ejercicio de su derecho de defensa.

fijación de una indemnización, solicitada por la demandante, por la vulneración de sus derechos fundamentales, adentrándose en la interpretación de la legalidad ordinaria, operación que, a propósito del artículo 55.5 del ET, previamente había desechado. La simple lectura de la propia sentencia de amparo pone de manifiesto lo errado de su aplicación del canon del derecho a la tutela judicial efectiva a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: «el argumento utilizado en la resolución impugnada para denegar la indemnización consistente en afirmar que no ha existido vulneración de derechos fundamentales de la trabajadora debe ser calificado de incongruente, ilógico y contradictorio, pues la propia sentencia reconoce, al examinar el motivo tercero y el cuarto del recurso de la entidad empleadora, que se vulneraron los derechos fundamentales de la trabajadora al monitorizar su ordenador. De este modo resulta que la sentencia afirma la existencia de la vulneración de los derechos fundamentales a los efectos de confirmar la exclusión de la prueba derivada de la monitorización del ordenador, y al mismo tiempo niega esa vulneración cuando tiene que decidir sobre la indemnización solicitada. Dicha incongruencia no puede salvarse con la referencia a que la vulneración no la haya ocasionado el acto mismo del despido y en consecuencia este haya sido declarado improcedente, pues el art. 183.1 LJS cuando dispone que la sentencia que declare la existencia de una vulneración de un derecho fundamental debe pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización, no hace depender el reconocimiento de la indemnización de la calificación del despido, sino del reconocimiento de que la trabajadora ha sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, y ello con independencia de la calificación del despido» (FJ 6). La lectura del artículo 183.1 de la LRJS, complemento necesario de su artículo 182, preceptos aplicables a un juicio de despido disciplinario (art. 184 LRJS), no precisa de mayor explicación⁸⁰.

B) Derecho de los trabajadores de libre comunicación de información veraz. La veracidad de la información (Corte Suprema de los Estados Unidos). Despido radicalmente nulo

La STC 6/1988, de 21 de enero, estimó el recurso de amparo del trabajador, redactor adscrito a la Subsecretaría del Ministerio de Justicia dependiente directamente del jefe del gabinete de prensa del mismo.

⁸⁰ Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Prueba ilícita y nulidad del despido», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, nº 3, 2021, págs. 13 y ss.

Mantuvo una conversación con persona o personas de la redacción de la agencia de noticias «Europa Press», que emitió un despacho que decía que el demandante, «Redactor de la Oficina de Prensa del Ministerio de Justicia, había declarado a “Europa Press” su intención de dirigir próximamente un escrito al Subsecretario de Justicia para expresar su preocupación por la filtración de noticias desde ese Departamento a la Editorial PRISA (“Promotora de Informaciones, S. A.”)» desde diciembre de 1982, durante el tiempo que el PSOE llevaba en el poder. Fue despedido por resolución de la citada Subsecretaría por la comisión de una falta muy grave de deslealtad y abuso de confianza y otra leve de ausencia al trabajo [arts. 54.2.d) ET y 1 del Convenio Colectivo del Ministerio de Justicia aplicable]. Tras la calificación como improcedente del despido por la magistratura de trabajo, el Tribunal Supremo declaró su procedencia.

El Abogado del Estado solicitó la desestimación del recurso de amparo, entre otras razones, porque el demandante no había aportado «la más mínima justificación objetiva, ni siquiera de principio, de los hechos que denunciaba». Reconoció el Abogado del Estado que la «veracidad» de la información, exigida por el artículo 20.1.d) de la Constitución, no podía entenderse como una condición o límite absoluto del derecho fundamental, de modo que éste amparase únicamente las informaciones (actualmente) exactas. Y citó la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso *The New York Times Company v. Sullivan*, 376 US 254, de 9 marzo de 1964, que identificó «la veracidad de la información con la “información realizada en disposición veraz», esto es, la información acaso no exacta de hecho, pero cuya inexactitud ignora el autor, que habría obrado en la obtención de la información de acuerdo con un canon razonable de cuidado profesional (búsqueda razonable de pruebas, comprobación adecuada de la información, especial diligencia cuando pueda resultar afectado el honor, buen nombre, crédito y reputación de las personas, etc.). Este «canon razonable de cuidado» con el que se debe medir la actuación de quien comunica una información enlaza con el concepto de la buena fe (art. 7.1 del Código Civil), que es pauta y criterio general para el ejercicio de los derechos, y también para el reconocido en el artículo 20.1 d) de la Constitución, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sin embargo, en el caso, el demandante jamás había probado las filtraciones denunciadas; ni siquiera lo había intentado (Antecedentes, 8).

El Tribunal Constitucional asumió implícitamente la doctrina constitucional de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que introdujo la

doctrina de la «malicia real» o de la «indiferente desconsideración de si era o no falso» lo informado, referida a la libertad de prensa, de modo que la información no veraz ha de transmitirse «con conocimiento de su falsedad o con desprecio imprudente de si era verdadero o falso»⁸¹. Y en el FJ 5 de su sentencia respondió: «La comunicación que la Constitución protege es [...] la que transmita información “veraz”, pero de ello no se sigue —como bien observa el Letrado del Estado— que quede extramuros del ámbito garantizado, en supuestos como el presente, la información cuya plena adecuación a los hechos no se ha evidenciado en el proceso, como no se probaron, en este caso, los hechos referidos por el trabajador despedido. Cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas —o sencillamente no probadas en juicio— cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse “la verdad” como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio».

4.1.2. Y derechos de libertad sindical e intimidad personal y familiar. Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación y deber de sigilo (Tribunal Constitucional Federal alemán)

El Comisionado y los ochenta y siete senadores más que interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación, adujeron la inconstitucionalidad de su artículo 2 porque no imponía «sigilo» a todos los representantes de los trabajadores, sino sólo a los que conocían la copia básica de los contratos en

⁸¹ 376 US, págs. 265-269.

el seno de un órgano de participación institucional. Argumentaron que no había garantía de que la información obtenida por los representantes legales de los trabajadores no fuera utilizada para fines distintos del puro control de legalidad. Añadiendo: «Y no puede olvidarse que, según la *Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de diciembre de 1983* no basta con prometer la prohibición del perjuicio derivado de una indebida divulgación de datos, sino que hay que garantizar en lo posible que el mismo no se produzca. Esta ley no se ajusta a tal idea y, por tanto, en este apartado debe ser declarada inconstitucional» (Antecedentes, 2). La STC 142/1993, de 22 de abril, desestimó el motivo de inconstitucionalidad, acogiendo la argumentación impugnante y la sentencia alemana. Razonando que, aunque el art. 2 de la Ley 2/1991 no estableciera expresamente el deber de secreto de los representantes legales con conocimiento de la copia básica, ese deber había de ser «deducido forzosamente del último inciso del art. 65.2 del Estatuto de los Trabajadores que establece, con carácter general, la prohibición de que los representantes utilicen la información suministrada por la empresa “para distintos fines de los que motivaron la entrega”, deber no carente de sanción» (FJ 10).

4.1.3. Y derecho de manifestación sindical (Corte Constitucional italiana y Tribunal Constitucional Federal alemán). En la pandemia de la COVID-19

Tempranamente, sobre la necesidad de cumplir ciertos requisitos adjetivos formales o procedimentales, impuestos por las leyes, para el ejercicio del derecho de reunión en lugares de tránsito público y manifestación convocada por sindicatos, el Tribunal Constitucional se limitó a rememorar un lugar común en la jurisprudencia de las distintas jurisdicciones constitucionales, como es que «el ejercicio ilícito de un derecho no puede protegerse jurídicamente, como determinó la *Sentencia 54/1961 de la Corte Constitucional italiana*» (STC 36/1982, de 16 de junio, FJ 6).

Mayor interés comparado tiene el ATC 40/2020, de 30 de abril, de la Sala 1ª de nuestro Tribunal Constitucional sobre el derecho de manifestación sindical en la pandemia COVID-19 para conmemorar el 1 de mayo⁸². La resolución citada inadmitió el recurso de amparo interpuesto por

⁸² M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Estado de alarma y derecho de manifestación del sindicato», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 6, 2020, págs. 673 y ss.; M. E. CASAS BAAMONDE y M. ÁNGEL QUIROGA, «Derecho de ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 61-124

la Central Unitaria de Trabajadores/as frente a la resolución administrativa, que prohibió la manifestación rodada en coches particulares, en la ciudad de Vigo, el viernes día 1 de mayo de 2020, por razones sanitarias, y la posterior decisión judicial, que la confirmó. La central sindical recurrió en amparo el 29 de abril, por vulneración de su derecho de su derecho de reunión o manifestación en relación con su derecho de libertad sindical (arts. 21 y 28 CE), solicitando la adopción de medidas cautelares con carácter urgente para asegurar la celebración de la manifestación el día previsto. La Sala, en una decisión de argumentación insegura y en ocasiones contradictoria —un abultadísimo auto de inadmisión de numerosas páginas, que realizó un juicio «verosimilitud de la lesión denunciada» del derecho de manifestación—, pero unánime, en la que latía la falta de unanimidad del Tribunal sobre el —en aquel momento— pendiente recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de declaración del primer estado de alarma, traído y llevado en el Auto sin necesidad, recurrió a pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal alemán para dotar de eficacia persuasiva a la motivación de su decisión de no adoptar medidas cautelares, que, por lo demás, la decisión de inadmisión convertía en innecesarias. La jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* señala igualmente que la solicitud de tutela judicial urgente es infructuosa si una demanda constitucional es inadmisibile o manifiestamente infundada⁸³.

El Tribunal argumentó que en el recurso de amparo, que inadmitía, la decisión de fondo era inseparable de la demanda cautelar de protección, al deber celebrarse la manifestación conmemorativa del 1 de mayo, en ésa y no en otra fecha, circunstancia que diferenciaba el caso del «ejemplo comparado que aporta la *sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán dictada el 15 de abril de 2020 (1 BvR 828/20)*»⁸⁴, en que las medidas cautelares eran separables del pleito principal, por lo que devolvió el asunto a la autoridad administrativa con el fin de que, con un distinto entendimiento, adoptara una decisión distinta que hiciera compatible el derecho de reunión en lugar de tránsito público (art. 8.1 GG), que el Tribunal estimó violado, ni las normas del Estado de Hesse para

manifestación del sindicato y estado de alarma en la emergencia de COVID-19», *Anuario de 2020 de Jurisprudencia Laboral (Estudio de 100 casos relevantes)*, BOE, Madrid, 2021, págs. 483 y ss.

⁸³ BVerfGE 7, 367 <371>; 134, 138 <140 párr. 6>; StRspr.

⁸⁴ Decisión de la Sala Primera del Senado Primero, ECLI:DE:BVerfG:2020:rk20200415.1bvr082820. Acceso en inglés en www.bundesverfassungsgericht.de/en. Las cursivas son mías.

combatir el virus eran precisas, ni la autoridad administrativa había tenido en cuenta específicamente las circunstancias del caso, y la garantía de la salud pública. En el asunto objeto del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional no había «margen temporal» que permitiera devolver el asunto a la autoridad competente para que adoptara una decisión diversa (FD 3).

Sobre la inviabilidad de las medidas cautelares, volvió a acudir la Sala a la motivación del Tribunal Constitucional Federal alemán en su *sentencia de 7 de abril de 2020 sobre el ejercicio del derecho de manifestación en la COVID (1 BvR 755/20)*⁸⁵, que había rechazado adoptar medidas cautelares respecto de la impugnada ordenanza bávara sobre medidas de prevención de infecciones relacionadas con el coronavirus temporalmente limitativas y prohibitivas del contacto físico directo y de cualquier tipo de encuentro personal, del funcionamiento de establecimientos abiertos al público, y de la salida de la propia casa sin una razón específica. Consideró el Tribunal alemán que las medidas recurridas causaban una importante restricción de los derechos fundamentales de las personas de Baviera, reconociendo que, si no se concedía la medida cautelar solicitada y la demanda constitucional tenía éxito después, dichas restricciones, de consecuencias sociales, culturales y económicas presumiblemente irreversibles, se habrían ordenado ilegalmente y cualquier sanción por posibles vulneraciones de las restricciones habría sido contraria al ordenamiento jurídico. Sin embargo, si otorgaba la medida cautelar y la demanda constitucional no prosperaba, muchas personas y establecimientos podían desarrollar los comportamientos que las disposiciones impugnadas trataban de evitar, no obstante ser las restricciones que trataron de impedirlos compatibles con la Constitución. Con la consecuencia de que «el peligro de ser infectado con el virus, de muchas personas enfermas, de las instituciones de atención médica colapsadas con el tratamiento de casos graves y, en el peor de los casos, el peligro de muerte de las personas aumentaría considerablemente [...]» (FJ 3).

Concluyó el Tribunal que «siendo positivo este juicio liminar sobre la proporcionalidad de las medidas» administrativas, confirmadas judicialmente, no podía «acordarse la concurrencia de verosimilitud de la

⁸⁵ Decisión de la Sala Tercera del Senado Primero, ECLI:DE:BVerfG:2020:rk20200407.1bvr075520, www.bundesverfassungsgericht.de/en. ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 61-124

denunciada lesión del art. 21 CE» (FD 4). Otras decisiones de órganos de la jurisdicción social, de la misma fecha, autorizaron la manifestación.

4.1.4. Y derecho a la tutela judicial efectiva. Ejecución de sentencias frente a Estados extranjeros. Alcance de la inmunidad de ejecución de los bienes de un Estado extranjero (Derecho comparado y Tribunal Constitucional Federal de Alemania)

La importante STC 107/1992, de 1 de julio, estimó parcialmente el recurso de amparo de la demandante frente a las decisiones judiciales que habían decretado el archivo de las actuaciones, haciendo imposible la ejecución de la sentencia que había declarado la nulidad del despido de la demandante por la Embajada de la República de Sudáfrica. Se había vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes por no haberse interpretado restrictivamente el privilegio de inmunidad de los Estados en materia de contratos de trabajo. Indiscutida la competencia de la jurisdicción española sobre el despido, la oposición a la ejecución de la sentencia por la pretendida existencia de un privilegio de inmunidad absoluta de los Estados extranjeros extendía indebidamente esa inmunidad de ejecución al restringir las posibilidades de la recurrente de conseguir la efectividad del fallo (art. 24.1 CE), sin que ninguna norma legal impusiera una excepción a dicha efectividad.

La sentencia, tras referirse naturalmente al Derecho internacional, efectuó un repaso de Derecho comparado⁸⁶, sobre todo de legislaciones de países anglosajones o de su ámbito de influencia, del que resultó que el principio de inmunidad de ejecución contaba con excepciones, concretadas en los bienes utilizados para actividades comerciales en el Estado del foro, expresivas de una tendencia general a la relativización de la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros: la ley estadounidense de inmunidades soberanas extranjeras de 1976, la ley británica de 1978, las leyes de Singapur (1979), Pakistán (1981), de la República Sudafricana (1981), de Canadá (1982), de Australia (1985) concretaban esa inmunidad relativa, con la excepción en los casos de Singapur y Sudáfrica de que los litigios derivados de contratos de trabajo realizados con Estados extranjeros quedaban acogidos a la inmunidad de jurisdicción y de ejecución.

⁸⁶ Que también hizo el Fiscal en sus alegaciones: Antecedentes, 7.

Prosiguió la sentencia el análisis de las jurisprudencias nacionales de numerosos Estados, que habían reconocido la facultad de los Tribunales del foro de realizar actos de ejecución, excepcionando la inmunidad: en Bélgica (asunto Socobel), en Suiza (caso República Árabe Unida contra Señora X), en Francia (caso Sociedad Eurodif contra República Islámica de Irán), en Austria, en Holanda. Para llegar al *Tribunal Constitucional Federal alemán, Sentencia de 13 de diciembre de 1977 (caso de la República de Filipinas)*, que había rechazado la existencia de una norma general de Derecho internacional que impusiera la inmunidad absoluta de ejecución del Estado extranjero, aunque también la embargabilidad de cuentas corrientes de las misiones diplomáticas, protegidas por estar conectadas con el normal funcionamiento de la Embajada, aplicándosele el brocardo *ne impediatur legatio*, puesto que «la apertura de una cuenta corriente es un mecanismo necesario para el buen funcionamiento de la misión diplomática, bastando al respecto una declaración por parte del órgano competente del Estado en cuestión de que la cuenta corriente está destinada a asegurar la continuidad del funcionamiento de la Embajada [...]» [FFJJ 4.C) y D) y 5].

La sentencia impugnada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid no se limitaba anular el Auto del Juzgado de lo Social, que había declarado los embargos de determinadas cuentas corrientes de la Embajada de la República de Sudáfrica. Había añadido el «embargo del dinero efectivo que la República de Sudáfrica tuviera en entidades bancarias españolas», al margen de su destino, y confirmado el archivo de las actuaciones, refiriéndose genéricamente a la inembargabilidad de las cuentas del Estado extranjero demandado, con lo que había impedido continuar la ejecución sobre otros posibles bienes o dineros del Estado ejecutado situados en nuestro territorio no cubiertos por la inmunidad de ejecución, conforme al Derecho internacional y al artículo 21.2 de la LOPJ, que extendían la inmunidad de ejecución a los actos de *iure imperii*, pero no a los de *iure gestionis*. La STC 107/1992 reconoció el derecho fundamental de la demandante a la ejecución de las sentencias firmes, anuló parcialmente el Auto de archivo de las actuaciones y ordenó al Juzgado proseguir las actuaciones del proceso de ejecución frente a otros bienes del Estado ejecutado no protegidos por la inmunidad de ejecución.

La posterior STC 292/1994, de 27 de octubre, volvió sobre el alcance relativo de la inmunidad de jurisdicción de los bienes de un Estado extranjero, declarando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva

por la decisión del Juzgado de lo Social de no dar lugar al embargo solicitado de bienes de la Embajada de Brasil en España, que había sido condenada por sentencia del propio Juzgado al pago de una pensión de jubilación.

Reiteró la doctrina, advirtiendo que a ella no se opone que la ejecución de que se trataba, en el caso, lo fuera a título provisional, en tanto se sustanciaba el recurso de casación para la unificación de doctrina. La inmunidad de ejecución de los Estados no alcanza a los bienes inequívocamente destinados al desenvolvimiento de actividades industriales y comerciales, no afectos a la actividad propia de la misión diplomática, correspondiendo en cada caso al juez ejecutor determinar, de entre los bienes de que sea titular el Estado extranjero en nuestro país, cuáles responden a aquella caracterización y son por tanto susceptibles de ejecución. Y argumentó con el Derecho internacional (art. 21.1 LOPJ), el Derecho comparado, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal: «ni el último proyecto de codificación de ámbito universal, todavía en curso de elaboración en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, ni la práctica de [... algunos] Estados —particularmente, *Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de marzo de 1983*, así como la legislación italiana y australiana—, permiten afirmar con plena certeza la existencia de una norma internacional que impida en todo caso, salvo consentimiento específico del Estado extranjero afectado, la ejecutabilidad de resoluciones judiciales no definitivas, cual es el caso presente por estar pendiente de resolución el recurso de casación interpuesto por la demandante de amparo».

La práctica era otra en otros Estados, como en Estados Unidos, por imperativo de su Ley de inmunidades soberanas extranjeras de 1976, el Reino Unido, Canadá, Pakistán, Singapur y República de Sudáfrica. Se fundamentaba en «evitar la ejecutabilidad de resoluciones interlocutorias o adoptadas en estadios muy iniciales del procedimiento, o en materias de especial trascendencia, de manera que su adopción pudiera dar lugar a controversia internacional, o bien medidas que se adoptan ad fundamam jurisdictionem». En suma, no estaba claro que esa inmunidad de ejecución de bienes de los Estados pretendiera «hacer frente a la ejecución provisional de Sentencias y no tan sólo a la adopción de medidas cautelares, supuestos, aunque próximos, materialmente no idénticos entre sí, ni por el procedimiento con que se adoptan ni por sus efectos. Tal conclusión se afirma con mayor razón aún en el caso presente, dados los términos en que

esa ejecución, provisional en la formulación legal, es en realidad definitiva por lo que respecta a los interesados en este proceso de amparo [...]» (FJ 7).

4.2. Derecho de la Seguridad Social. Garantías institucionales y principios constitucionales: irretroactividad normativa y seguridad jurídica

4.2.1. La concepción constitucional de la seguridad social: garantía de la institución como función del Estado de regulación legal (Corte Constitucional de Italia y Derecho comparado)

Desde sus primeras sentencias al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que el artículo 41 CE concibe la seguridad social como una función del Estado, que atiende a la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad mediante prestaciones públicas, entre ellas a la situación de incapacidad temporal derivada de riesgos comunes. El Gobierno, por RDL 5/1992, de 21 de julio, y la Ley 28/1992, de 24 de noviembre, había reformado la regulación de la prestación contenida en la LGSS en aquel momento vigente para imponer a los empresarios la obligación de asumir el pago de una parte de la prestación (entre los días quinto y decimoquinto de la baja), ante el crecimiento del déficit público, produciendo el desplazamiento de la correspondiente carga económica de los fondos propios de la Seguridad Social a los empresarios. La STC 37/1994, de 10 de febrero, había declarado la constitucionalidad de la reforma legal frente a las cuestiones de inconstitucionalidad que habían considerado que la reforma legal había producido la privatización parcial de la prestación, lesiva de la garantía institucional del régimen público de la seguridad social del artículo 41 CE. La posterior STC 182/1997, de 28 de octubre, reiteró que había sido el poder público el que impuso a los empresarios, sin el concurso de la voluntad de éstos, el pago de (parte de) una prestación del sistema de seguridad social, una prestación pecuniaria que «tiene una evidente finalidad pública», por lo que era una «prestación patrimonial de carácter público». Y concluyó: «A idéntica conclusión, respecto de un subsidio de las mismas características establecido por el ordenamiento italiano, llegó muy tempranamente la *Corte Costituzionale de Italia (Sentencia 44, de 26 de mayo de 1965)*» (FJ 16)⁸⁷.

⁸⁷ Las cursivas son mías.

También desde sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional consideró como elemento estructural definitorio de la noción de seguridad social «el diseño legal imperativo» de su acción protectora, sin participación de la autonomía de la voluntad privada, que puede actuar en el ámbito genérico de la protección social, pero no en el «núcleo institucional» de la seguridad social. Así resultaba de las normas internacionales de la OIT y del Derecho europeo, también de la evolución de nuestro propio sistema, y del Derecho comparado (STC 206/1997, de 27 de noviembre, FJ 5, a propósito de la regulación legal de los planes y fondos de pensiones).

4.2.2. Y derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación. Garantía institucional de protección a la familia. Pensión de viudedad y matrimonio. Denegación de la pensión a supérstites de uniones homosexuales (Derecho comparado)

La STC 184/1990 recurrió al Derecho comparado para decir, en apoyo de su decisión excluyente de la obtención de la pensión si la persona beneficiaria no estaba ligada a la causante por un vínculo matrimonial —con excepciones transitorias—, que la «extensión de la pensión de viudedad a quienes convivían de forma estable extramatrimonialmente estaba lejos de ser la pauta en la legislación internacional y en el Derecho comparado en aquel momento» (FJ 5); lo que reforzó su construcción de residenciar en la libertad del legislador la extensión del derecho a la pensión de viudedad en casos de convivencia *more uxorio*, sin que la pasividad del legislador vulnerase el principio de libre desarrollo de la personalidad, la protección de la familia, ni el derecho a la igualdad jurídica y a no padecer discriminación (arts. 10, 14 y 39 CE).

Ese mismo desconocimiento de la pensión de viudedad a las uniones homosexuales fue la regla en el Derecho comparado, y entre nosotros antes del reconocimiento por el legislador de su derecho al matrimonio, cuestión de nuevo incardinada en la libertad del legislador (SSTC 92/2014, de 10 de junio, FJ 6; 93/2014, de 12 de junio, FJ 3; 98/2014, de 23 de junio, FJ 4; 115/2014, de 8 de julio, FJ 4; 116/2014, de 8 de julio, FJ 4; 124/2014, de 21 de julio, FJ 4). La STC 198/2021 tuvo especial interés en destacar que «hasta finales de los años 80 ningún país del mundo otorgaba derechos a las uniones entre personas del mismo sexo, y que, aunque actualmente casi todas las democracias de corte occidental han elaborado algún instrumento legal que concede derechos a las parejas del mismo sexo, la opción de muchos de los ordenamientos de nuestro entorno

y cultura jurídica no ha sido la misma que la escogida por el legislador español, en uso de su libertad de configuración de la institución matrimonial» (FJ 9).

Situó el Tribunal Constitucional la concesión de la pensión de viudedad en la libertad del legislador de proteger a la familia matrimonial, y a la familia matrimonial heterosexual, sin que esa decisión vulnerase el derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual⁸⁸.

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, modificó el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social (artículo 174.3), reconociendo por primera vez el derecho a una pensión de viudedad a las parejas de hecho heterosexuales u homosexuales, que hubieran convivido ininterrumpidamente durante más de cinco años antes de la muerte del causante. La disposición adicional tercera de dicha Ley reconoció retroactivamente este derecho a las parejas de hecho que hubieran enviudado antes de la entrada en vigor de dicha norma y cuando el superviviente se encontrase en una situación de especial necesidad, estableciendo, entre otros requisitos, que el causante y el beneficiario «hubieran tenido hijos comunes». La STC 41/2013, de 14 de febrero de 2013, declaró la inconstitucionalidad del requisito legal de la tenencia de hijos comunes por vulnerar el derecho a la igualdad del artículo 14 CE. Consideró innecesario enjuiciar la vulneración aducida del derecho a la no discriminación por orientación sexual.

4.2.3. Retroactividad impropia de las leyes fiscales y de seguridad social y principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Cambio de encuadramiento de los administradores sociales remunerados, el canon de previsibilidad y obligación de cotizar con efectos retroactivos. Canon de previsibilidad (Corte Constitucional italiana y Tribunal Constitucional Federal alemán)

En diferentes sentencias, el Tribunal Constitucional ha reconocido que su doctrina sobre la admisibilidad de la retroactividad de las normas fiscales, que no son «disposiciones sancionadoras desfavorables o

⁸⁸ Se había basado el Tribunal en la jurisprudencia del TEDH con arreglo al artículo 12 del Convenio (*Rees c. Reino Unido*, 17 de octubre de 1986, § 11, Serie A n° 106, y *Cossey c. Reino Unido*, 27 de septiembre de 1990, § 22, Serie A n° 184).

restrictivas de derechos individuales» (art. 9.3 CE)⁸⁹, la ha tomado de las jurisprudencias constitucionales italiana, alemana y norteamericana. De estas jurisprudencias ha recogido también la argumentación de que aquel punto de partida no significa, sin embargo, sancionar la legitimidad constitucional de tales normas de manera incondicionada, pues esa eficacia retroactiva ha de respetar los principios constitucionales de capacidad económica, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (arts. 31.1 y 9.3 CE).

En la STC 126/1987, de 16 de julio, el Tribunal Constitucional afirmó: «no existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva» [FFJJ 9.B) y 10]. Sobre el principio de capacidad contributiva, ilustró que una parte de la doctrina italiana y la Corte Costituzionale en diversas Sentencias habían mantenido que «una norma tributaria retroactiva resulta constitucionalmente ilegítima si vulnera el principio de capacidad contributiva», vulneración que «puede producirse si la ley establece como presupuesto un hecho o una situación pasada que no persisten en el momento de su entrada en vigor, o modifica, extendiendo sus efectos hacia el pasado, los elementos esenciales de un tributo existente en dicho momento, pues dicha capacidad ha de referirse no a la actual del contribuyente, sino a la que está ínsita en el presupuesto del tributo y, si ésta hubiera desaparecido o se hallase disminuida en el momento de entrar en vigor la norma en cuestión, se quebraría la relación constitucionalmente exigida entre imposición y capacidad contributiva (Ss. 45/1964, 44/1966, 75/1969 y 54/1980)». Y sobre el principio de seguridad jurídica, el Tribunal recordó cómo se había venido configurando, a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 19 de diciembre de 1961, «una línea argumental que, partiendo de la idea del Estado de Derecho y de los principios que lo informan, considera que las normas tributarias retroactivas pueden estimarse constitucionalmente ilegítimas cuando atentan a tal principio [de seguridad jurídica] y a la confianza de los ciudadanos» (FJ 11).

Con base en esa jurisprudencia constitucional comparada, el Tribunal Constitucional dijo del principio constitucional de seguridad jurídica que «protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su

⁸⁹ Desde la STC 27/1981, de 20 de julio, el Tribunal interpretó que la «restricción de derechos individuales» había de equipararse a la idea de sanción, por lo cual, el límite de dicho artículo hay que considerarlo referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona (FJ 10).

conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que, de no darse esta circunstancia, la retroactividad posible de las normas tributarias podría incidir negativamente en el citado principio que garantiza el art. 9.3 CE» (SSTC 173/1996, de 31 de octubre, FJ 5; 234/2001, de 13 de diciembre, FJ 11).

En la STC 182/1997, de 28 de octubre, el Abogado del Estado trajo a colación la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y del Tribunal Constitucional alemán sobre la constitucionalidad de las normas fiscales impropriadamente retroactivas, cuya entrada en vigor tiene lugar en el período impositivo dentro del que se han aprobado [Antecedentes 5.B)]. La sentencia aceptó la doctrina. Siguiendo también en ello los precedentes comparados, pasó revista al principio de seguridad jurídica, que protege «la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad». Matizó que el principio de seguridad jurídica no podía erigirse en «un valor absoluto», que «daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, siendo así que éste, al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso. La interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad entrañaría consecuencias contrarias a la concepción que fluye del art. 9.2 de la Constitución, como ha puesto de manifiesto este Tribunal, Por ello, el principio de seguridad jurídica no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal» (STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11). A la luz de las circunstancias del caso y de su retroactividad impropia, declaró que la regulación legal impugnada no vulneraba dicho principio constitucional⁹⁰. Esta doctrina constitucional ha sido seguida por numerosísimas sentencias posteriores, que no es preciso citar aquí, pues su motivación ha prescindido de las referencias de las jurisprudencias constitucionales comparadas, que iluminó la fundamentación de las sentencias de cabecera.

⁹⁰ Declaró la inconstitucionalidad de un precepto del RDL 5/1992, de 21 de julio, ya citado, por incidir en el ámbito materialmente sustraído a la legislación de urgencia y afectar al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 86.1 y 31.1 CE).

Esa doctrina sobre la eficacia retroactiva de normas fiscales es aplicable a las cotizaciones a la seguridad social, toda vez que éstas «son prestaciones patrimoniales coactivamente impuestas por un ente público (art. 31.3 CE), asimilables a los tributos, pues consisten en la entrega de una suma de dinero a un ente público para el sostenimiento de los gastos del Estado (en concreto, del Sistema de Seguridad Social) como consecuencia de la realización de un hecho revelador de capacidad económica (art. 31.1 CE)» (ATC 306/2004, de 20 de julio, FJ 4).

Y ha sido aplicable, como caso merecedor de atención particular, al sucesivo y contradictorio encuadramiento legal de los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas retribuidos, que no ostentaran su control efectivo, primero en el régimen especial de trabajadores autónomos, rectificado, después, por la Ley 50/1998, que procedió a su inclusión en el régimen general de la seguridad social con eficacia retroactiva desde el 1 de enero de 1998, fecha de entrada en vigor de la precedente regulación contenida en la Ley 66/1997.

La STC 89/2009, de 20 de abril, reprochó a la norma cuestionada la imposición de su regulación de forma retroactiva («retroactividad auténtica») al imponer a las empresas una carga de cotización al régimen general de la seguridad social por los administradores retribuidos que hubieran prestado servicios durante el año anterior más onerosa, con base en un supuesto de hecho realizado en su integridad y plenamente agotado en sus efectos jurídicos al amparo de la legislación anterior. Bajo la Ley 66/1997 eran los propios administradores quienes debían cotizar por sí mismos al régimen especial de trabajadores autónomos.

El Tribunal Constitucional no dudó en tildar la nueva regulación legal de «completamente imprevisible», aunque su sentido normativo coincidiera con la jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo. La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, cambió ese sentido para rectificarlo la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, defraudando la confianza legítima de las sociedades afectadas y lesionando el principio constitucional de seguridad jurídica. ¿Había exigencias cualificadas del bien común susceptibles de prevalecer, excepcionalmente, sobre el principio de seguridad jurídica? El Tribunal Constitucional no las encontró en la evitación durante 1998 del cómputo de cotizaciones a regímenes diferentes para el reconocimiento de futuras prestaciones.

5. CONCLUSIONES

La consecuencia comprobable de lo anterior es que, tanto desde el punto de vista cuantitativo como desde el cualitativo, el recurso expreso al Derecho y a las jurisdicciones constitucionales comparadas, en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, es utilizado con notable comedimiento por la jurisdicción constitucional española en sus más de cuatro décadas de existencia. El elemento de comparación se utiliza para orientar o apoyar la interpretación del Tribunal con argumentos comparados que ha considerado importantes al tratar de las cuestiones relacionadas. En efecto, pese a la parquedad de las referencias cruzadas, el recurso por nuestro Tribunal a otras jurisprudencias constitucionales no ha sido irrelevante dado, por lo general, su valor positivo y sustancial, no meramente marginal, en los casos analizados, para adoptar soluciones convergentes. También ha servido a la jurisprudencia que negó la pensión de viudedad al supérstite de relaciones de pareja no matrimoniales para reforzar su posición mayoritaria frente a los votos discrepantes.

La conclusión sería muy distinta, con seguridad, si el objeto del análisis de este trabajo hubiera sido la «influencia» o presencia no explícita de las decisiones de las jurisdicciones constitucionales comparadas en las construcciones de nuestra jurisprudencia constitucional (contenido esencial, juicios de razonabilidad, adecuación o necesidad, proporcionalidad, privacidad en el trabajo) sobre derechos fundamentales y garantías institucionales en las relaciones laborales y de seguridad social y su comportamiento en fenómenos globales como las dos grandes y sucesivas crisis de este siglo o en relación con el derecho a la igualdad y la aparición creciente de derechos de la diversidad en sociedades que desde hace décadas, y desde la primera gran crisis global financiera, se han deslizado por la pendiente de la desigualdad. En todo caso, y aunque el Tribunal ha tenido que conocer las decisiones de los Tribunales Constitucionales portugués e italiano y del *Conseil Constitutionnel*, no es seguro que, a la altura de las decisiones sobre la primera de esas grandes crisis, la abstención comparatista de nuestra jurisdicción constitucional en nuestra singular área material pueda considerarse una decisión estratégica, reflexionada y adoptada colegiadamente. La pandemia de la COVID-19 ha revelado la identidad o similitud de las soluciones excepcionales, complejas y controvertidas, puestas a punto por los ordenamientos estatales para enfrentar sus gravísimas consecuencias en la salud, en la actividad económica, en el trabajo y sus rentas y en la protección social de las

personas y de las familias. El problema de la legitimidad constitucional de algunas de las medidas de ese Derecho de excepción en la emergencia apenas ha llegado a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional — es posible que lo haga más tarde—, y sí, en cambio, a otras. En su valoración general, la escasez de Derecho comparado en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional contrasta con una presencia sobresaliente de la jurisprudencia del TEDH y, progresivamente creciente, del TJUE.

En relación con otras materias, el análisis realizado pone también de manifiesto el tradicional protagonismo de los Estados liberales-democráticos en las políticas y en los ordenamientos laborales/sociales —la organización de los sistemas de seguridad social compete a cada Estado— y de la acción de diálogo y concertación de los interlocutores sociales dentro de sus fronteras, no obstante la tendencia a la europeización y a la mundialización de las formas de prestar trabajo y de organizarlo, de la protección frente a los riesgos de la salud y seguridad en su realización, y de los métodos de concertación social. Una realidad empujada por la imparable digitalización del trabajo y por la no menos imparable construcción de un nuevo modelo productivo ecológico y por la transformación demográfica y migratoria, y, en todo ello, por la necesidad de que los procesos de transición social hacia las nuevas realidades sean justos, que precisa de la acción efectiva de las organizaciones internacionales, de una más estrecha colaboración interestatal, y que quizás llame a un mayor diálogo de nuestro Tribunal Constitucional con las jurisdicciones constitucionales comparadas. Es difícil predecir el papel que pueda jugar la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en el estímulo de ese diálogo entre las jurisdicciones constitucionales de los Estados de la Unión al vincularse ciertos derechos sociales a la categoría secundaria de «principios», precisados de la acción del legislador europeo o estatal, y carecer del valor jurídico de los «derechos» y de su fuerza jurídica de atribución de eficacia directa horizontal a las directivas. Pero me parece que marca un camino de recorrido obligado.

El cambio de la mirada de nuestra jurisdicción constitucional hacia las jurisprudencias constitucionales comparadas vendrá del cambio de su mirada introspectiva, hacia sí mismo y hacia su jurisprudencia. Precisarás, como el *Bundesverfassungsgericht*, sentirse «parte del orden jurídico internacional y de la comunidad mundial de tribunales constitucionales», más allá de su proyección en la conferencia mundial de tribunales constitucionales y en sus relaciones internacionales.

INTRODUCCIÓN AL DERECHO ITALIANO DE SEGURIDAD SOCIAL

[INTRODUCTION TO ITALIAN SOCIAL SECURITY LAW]

Camilla Faggioni

Fecha de recepción: 2 de mayo de 2022
Fecha de aceptación: 11 de mayo de 2022

Sumario: I. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS. II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO ITALIANO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SU EVOLUCIÓN POSTERIOR. III. LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN Y EN EL *CODICE CIVILE*. 1. Principios generales y protección de la vejez. 2. Protección en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional. IV. LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL. 1. El sistema de jubilación. 2. La protección en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional. V. EL TRIBUNAL COMPETENTE PARA LOS LITIGIOS DE SEGURIDAD SOCIAL. VI. OBSERVACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

Contents: I. METHODOLOGICAL REMARKS. II. HISTORICAL BACKGROUND OF ITALIAN SOCIAL SECURITY LAW AND ITS EVOLUTION. III. SOCIAL SECURITY IN THE CONSTITUTION AND IN THE *CODICE CIVILE*. 1. General principles and old-age social protection. 2. Social insurance for accidents at work and occupational diseases. IV. SOCIAL SECURITY IN THE SPECIAL LEGISLATION. 1. Old-age social protection. 2. Social insurance for accidents at work and occupational diseases. V. THE JURISDICTION OVER SOCIAL SECURITY DISPUTES. VI. CONCLUDING REMARKS. BIBLIOGRAPHY.

Resumen: Se ofrece aquí un breve estudio introductorio del Derecho italiano de la Seguridad Social. Se han querido destacar las contradicciones existentes en las principales fuentes reguladoras de la seguridad social, que son debidas a intervenciones legislativas realizadas a lo largo del tiempo de

acuerdo con lógicas que diferían entre sí. Esto hace comprensible las razones de la aparente complejidad del Derecho italiano de Seguridad Social, además de permitir vislumbrar las posibles y necesarias perspectivas de su renovación en el futuro.

***Abstract:** This paper consists in a brief introductory study on Italian social security law. Aim of the present contribution is to highlight the contradictions existing in the main Italian legal sources regulating social security. These contradictions are due to legislative interventions carried out over time according to different logics. This makes it possible to understand the reasons for the complexity of Italian social security law, as well as to glimpse the possible prospects for its renewal in the future.*

Palabras clave: Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Italia, Derecho de la Seguridad Social, Derecho procesal de la Seguridad Social, Jubilación

***Keywords:** Accidents at work and occupational diseases, Italy, Social security law; Social security procedural law; Old-age social protection*

* * *

I. CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

La finalidad principal de este escrito es dar a conocer el Derecho italiano de la Seguridad Social a través de sus principales características, sus principales problemas y sus posibles perspectivas de renovación. La investigación se limita al estudio de la protección que ofrece el Sistema italiano de Seguridad Social frente a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en los casos de cese en el trabajo por causa de la jubilación, en la que, a diferencia de otras prestaciones, se hace evidente la necesidad de realizar reformas para acabar con la complejidad que se deriva de la existencia de ciertas contradicciones en sus principales fuentes reguladoras. Por ello, el estudio aquí realizado se centra principalmente en los aspectos legislativos del tema, sin perjuicio de tener en cuenta la jurisprudencia de los tribunales italianos a los efectos de comprender, con la claridad y la exhaustividad precisas, la legislación aprobada al respecto. Esto explica, igualmente, la estructura del presente trabajo, que contiene una primera parte dedicada, a modo de introducción, a los antecedentes históricos, que son los que permiten comprender la evolución legislativa, sus contradicciones y las razones que han dado lugar precisamente a disposiciones normativas contradictorias. A continuación, se presenta la actual configuración jurídica del Sistema italiano de Seguridad Social, en el que juegan un papel determinante nuestra Constitución y nuestro *Codice Civile*, además de otras disposiciones contenidas en las leyes especiales. Después, figura un apartado específico sobre el Derecho procesal de Seguridad Social, a través del cual pretende darse a conocer las normas de procedimiento que hay que seguir a la hora de pleitear. Y, por último, concluye el trabajo con algunas consideraciones finales que, partiendo de la complejidad que deriva de la existencia de contradicciones legales, orientan sobre las posibles perspectivas que deberían tenerse presentes a la hora de realizar la renovación de nuestro Derecho italiano de Seguridad Social a través de las reformas que pongan fin a sus contradicciones.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO ITALIANO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SU EVOLUCIÓN POSTERIOR

La primera intervención del legislador italiano en el ámbito de la seguridad social se remonta a 1898, que fue cuando se introdujo una forma de seguro obligatorio contra los accidentes de trabajo, mediante la Ley 80/1898, recordada como la que marcó el nacimiento de la seguridad social en Italia. Esta ley, en realidad, se limitó a hacer obligatorio el seguro privado de la responsabilidad civil del empresario, eximiéndolo de la responsabilidad común por culpa. La idea era simplemente transferir el riesgo de accidente del trabajador al empresario. El seguro privado establecido por la Ley 80/1898 se considera, en efecto, la primera forma italiana de seguridad social. Establecía la obligación de los empresarios del sector industrial de asegurarse contra los daños derivados de los accidentes de trabajo sufridos por sus trabajadores, incluidos los accidentes derivados de circunstancias imprevisibles, de fuerza mayor y, sobre todo, de la negligencia leve del trabajador.

La base de la protección era el principio del riesgo laboral: los empresarios exponían a sus empleados a un riesgo y, como se beneficiaban de la actividad de riesgo, debían asumir las consecuencias negativas de que se produjera el riesgo. El mismo principio fue la base de la protección contra los accidentes de trabajo durante el periodo corporativo y, como se verá más adelante, este concepto sigue siendo, en cierta medida, dominante. Sólo después de la aparición del fenómeno corporativo¹ se confió la aplicación de la protección de la seguridad social a los organismos públicos, y la tarea de coordinar y unificar el sistema fue asumida por el Estado, que, sin embargo, se limitó a «crear nuevas instituciones y regular las relaciones por ley, pero rara vez intervino financieramente»².

La protección a través de un seguro privado y sus principios de funcionamiento también se daba en el caso de la protección de la vejez, prevista por primera vez en la Ley 350/1898 y caracterizada por un reparto parcial de la carga económica entre los beneficiarios de las prestaciones de

¹ De 1926 a 1944, el ordenamiento jurídico italiano preveía una organización de los trabajadores de tipo corporativo, con la creación en 1934 de las corporaciones, asociaciones de empresarios y trabajadores que adquirieron personalidad jurídica pública. Para más información: I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Giuffrè, Milán, 2007.

² Véase M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padua, 2005, p. 10. Textualmente, «dar vita a nuovi istituti e dettare con legge la disciplina dei rapporti, ma raramente interviene finanziariamente».

la seguridad social, mediante el cumplimiento de la obligación de cotización. De hecho, durante el período pre-corporativo y corporativo, se creía ampliamente que existía una relación de correspondencia entre las prestaciones y las cotizaciones, hasta el punto de que la cuantía de las primeras era proporcional a las segundas³. Por ello, la protección de la seguridad social se realizó a través de un instrumento derivado, con las adaptaciones oportunas, de la institución del seguro de derecho privado. De este modo, tomó forma la institución del seguro social, entendida como el medio técnico por el que la seguridad social alcanza sus objetivos⁴.

La protección a través de un seguro privado, que se regía por un claro principio de sinalagmática, ya no puede aceptarse hoy en día como consecuencia de la evolución posterior en la regulación de la protección de seguridad social. El punto de inflexión lo marcó aquí la entrada en vigor de la Constitución, cuyo artículo 38, apartado 2, establecía la regla de que la protección de la seguridad social debía asentarse en el principio de igualdad sustancial, disponiendo que se adaptara a las necesidades vitales de los trabajadores.

Con todo, el modelo de aplicación de la seguridad social sigue siendo el de los seguros sociales, aunque los cambios que ha sufrido la seguridad social a lo largo de su desarrollo se han reflejado en este modelo, que ha tenido que adaptarse gradualmente a las circunstancias cambiantes, diferenciándose cada vez más de su matriz, a saber, la institución del seguro de derecho privado. Por lo tanto, es legítimo preguntarse si el modelo que considera el seguro social como un medio de aplicación de la seguridad social sigue constituyendo un término de referencia eficaz para la construcción del derecho de la seguridad social.

Como se ha mencionado anteriormente, sólo con la promulgación de la Constitución comenzó a extenderse en Italia una concepción de la protección de la seguridad social como interés colectivo. Entre las intervenciones inspiradas en los dictados de la Constitución, no podemos dejar de mencionar la Ley 153/1969, que introdujo el sistema *retributivo*

³ M. PERSIANI Y M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Turín, 2018, p. 7.

⁴ *Ibidem*, p. 26 y ss.

para el cálculo de las pensiones (ya superado), y que también estableció el principio, aún vigente, de la revalorización automática (*perequazione*) de las pensiones, caracterizado por una lógica muy alejada de la sinalagmática. Según este principio, la cuantía de la pensión abonada inicialmente, incluso en ausencia de reservas de cotización adecuadas, está sujeta a una revalorización periódica, con el objetivo evidente de que sea constantemente adecuada para satisfacer las necesidades del asegurado ante el aumento del coste de la vida. La disposición es una aplicación directa del precepto constitucional de la adecuación de las prestaciones de la seguridad social a las necesidades de vida de los trabajadores.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Constitución, no ha habido una verdadera reforma orgánica del sistema. Las intervenciones inspiradas en los dictados constitucionales, aunque numerosas e importantes, no parecían adecuadas para dotar al conjunto del sistema de un carácter solidario, tanto más cuanto que la evolución normativa posterior ha seguido un curso nada lineal y, sobre todo, no exento de replanteamientos. De hecho, en los últimos tiempos se ha producido un cierto retorno a la antigua lógica sinalagmática, que parece seguir teniendo cierta influencia en el sistema jurídico italiano.

Las reformas más recientes, en particular, han tenido por objeto reconstituir, sobre todo en lo que respecta a las pensiones de jubilación, una proporción más exacta entre el importe de las cotizaciones pagadas y el importe de las prestaciones percibidas, a fin de garantizar una contención del gasto público y una participación más justa de los particulares en la financiación del sistema. De hecho, como se ha mencionado anteriormente, tras un cambio inicial al sistema *retributivo*, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, el sistema italiano volvió posteriormente al sistema *contributivo*, es decir basado en las cotizaciones. Inicialmente, esta última se limitaba, con la reforma de 1995, sólo a los trabajadores más jóvenes, mientras que con la *Riforma Fornero* (2011) se extendió a todos los empleados, tanto públicos como privados.

Con ello, no se pretende insinuar que el actual sistema de jubilación italiano se rija por una lógica puramente aseguradora, sino más bien se

quiere poner de manifiesto la complejidad del mosaico legislativo⁵ que caracteriza la materia. De hecho, se considera que, debido a la construcción de la legislación a través de sucesivas intervenciones, a menudo inspiradas en lógicas contradictorias, sigue existiendo una «ambigüedad esencial»⁶ en el sistema, que hace que la necesidad de racionalización sea especialmente acuciante. Ante una situación de este tipo, la tarea de dar una ordenación orgánica a la materia presenta indudables dificultades, ya que supone reunir en un mismo esquema normas que responden a planteamientos heterogéneos y establecer si determinados modelos siguen siendo aplicables o no ante los cambios que se han producido a lo largo del tiempo⁷.

III. LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN Y EN EL *CODICE CIVILE*

1. Principios generales y protección de la vejez

La piedra angular del sistema de seguridad social italiano es, sin duda, el artículo 38 de la Constitución. En particular, su apartado 2 garantiza a los trabajadores los medios adecuados para cubrir sus necesidades vitales en caso de accidente, enfermedad, discapacidad, vejez y desempleo involuntario. De ello se derivan dos consecuencias básicas.

La primera consecuencia del artículo 38 de la Constitución es que la protección de los trabajadores en estado de necesidad ya no se considera «una actividad benevolente del Estado»⁸, ni queda encomendada a los directamente interesados, sino que constituye una expresión necesaria de la solidaridad de toda la comunidad. Y La segunda consecuencia importante es la ampliación de la protección de la seguridad social desde el ámbito del empleo subordinado a todas las categorías de trabajo. De hecho, la noción de «trabajador» del artículo 38 de la Constitución debe leerse juntamente

⁵ *Ibidem*, p. 14.

⁶ Véase M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 3. Textualmente, «essenziale ambiguità».

⁷ D. GAETA, *Voce «previdenza sociale»*, en *Enciclopedia del diritto*, tomo XXXV, 1986.

⁸ Véase M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 15. Textualmente, «un'attività graziosa dello stato».

con el artículo 35 de la Constitución⁹ y el apartado 2 del artículo 4 de la Constitución¹⁰. El trabajador al que se refiere el artículo 38 es, por tanto, la persona que realiza una actividad o función que contribuye al progreso material o espiritual de la sociedad, y no sólo el empleado por cuenta ajena. Por lo tanto, la garantía constitucional se aplica también a «los trabajadores autónomos, los trabajadores por cuenta propia, los artistas y, en general, todos aquellos que aseguran sus medios de subsistencia, exclusiva o predominantemente, a través del trabajo personal y no del capital»¹¹.

Según el mandato de la Constitución, el Estado no puede limitarse a establecer los seguros sociales y participar en su gestión, sino que también debe contribuir sustancialmente al funcionamiento del sistema, incluso desde el punto de vista financiero¹².

Dado el carácter público de la protección de la seguridad social, la regulación de la materia se deja en gran medida en manos de la ley y, sobre todo, de la legislación especial. También hay que tener presente lo indicado al respecto, por mínimo que sea, en el *Codice Civile*, cuyo art. 1886 regula la llamada *assicurazione sociale*, que constituye un subtipo del caso general de los seguros y ha conservado durante mucho tiempo sus características. Sin embargo, como resultado de la evolución legislativa a lo largo de los años, la regulación de los seguros sociales «ha adquirido características propias hasta que, en la actualidad, lo único que queda de los seguros es el nombre, una expresión vacía, sin embargo, de significado en cuanto a la

⁹ Literalmente, «la República protege el trabajo en todas sus formas y aplicaciones». Textualmente, «*la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni*».

¹⁰ Literalmente, «todo ciudadano tiene el deber de realizar, según su capacidad y elección, una actividad o función que contribuya al progreso material o espiritual de la sociedad». Textualmente, «*ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società*».

¹¹ Véase G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Tomo II, Utet, Milán, 2020, p. 2565. Textualmente, «*i lavoratori autonomi, i liberi professionisti, gli artisti ed in genere tutti coloro che si assicurano i mezzi per vivere, in via esclusiva o prevalente, attraverso l'opera personale e non attraverso il capitale*».

¹² Véase M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 15.

definición de la estructura del sistema jurídico de la seguridad social»¹³. Tanto es así que esta regulación tiene dificultades para ser aplicada en el ámbito de la seguridad social, debido a que la ley especial es tan detallada que deja poco espacio a las disposiciones del *Codice*.

Entre las disposiciones del *Codice Civile* en materia de seguridad social, igualmente cabe mencionar también el artículo 2116, base jurídica del principio de automaticidad de las prestaciones, en virtud del cual las prestaciones sociales son exigibles incluso cuando el empresario no ha cotizado regularmente. En otras palabras, el riesgo de impago se transfiere a la institución de seguridad social, anticipando los efectos del retraso en el pago de las cotizaciones y eliminando los efectos de la insolvencia del deudor. Esta disposición es claramente contraria a la lógica sinalagmática, hasta el punto de que a menudo se ha invocado para argumentar el sinsentido de la teoría de la consideración de la relación de seguridad social. En un principio, el principio de automaticidad no se aplicó plenamente, sino que se limitó a las prestaciones temporales de la seguridad social. En particular, el principio no se aplicó inicialmente a la protección de la vejez, debido a las concepciones tradicionales que todavía caracterizan en parte su estructura. El principio se extiende ahora, aunque parcialmente, a todos los tipos de protección de la seguridad social¹⁴.

2. Protección en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional

De hecho, como se ha mencionado anteriormente, el apartado 2 del art. 38 de la Constitución prevé la provisión y el aseguramiento de los medios adecuados para satisfacer las necesidades de los trabajadores en caso de eventos considerados como generadores de necesidad, incluidos los accidentes de trabajo.

¹³ Véase M. PERSIANI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, I, Padua 1981, p. 39. Textualmente, «è venuta assumendo caratteristiche sue proprie fino a che, nel momento attuale, dell'assicurazione non resta che il nome, espressione vuota, però, di significato per quanto attiene alla definizione della struttura del sistema giuridico previdenziale».

¹⁴ G. PERA, «L'automaticità (parziale) delle prestazioni nell'assicurazione invalidità e vecchiaia», en *Sicurezza Sociale*, 1970, p. 1 y ss.; y M. MISCIONE, «L'automaticità delle prestazioni», en *Lavoro e Diritto*, 1987, p. 355 y ss.

Por lo tanto, desde la perspectiva de los principios constitucionales, la base de la protección contra los accidentes de trabajo es la expresión de la solidaridad de toda la comunidad. Es evidente que la Constitución ha basado la protección de la seguridad social en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional en unos principios completamente distintos a los del riesgo profesional¹⁵, que habían inspirado al legislador hasta entonces. En efecto, para esta forma de protección, el principio de solidaridad de la seguridad social se traduce en la admisión de un único requisito para la protección del beneficiario, a saber, que el hecho generador del accidente o la enfermedad sea laboral. En particular, el dictado constitucional parece implicar la necesaria protección de todos los trabajadores en situación de necesidad, independientemente del tipo de actividad desarrollada, no permitiendo así ninguna discriminación vinculada al nivel de peligrosidad del servicio laboral¹⁶.

IV. LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL

1. El sistema de jubilación

En cuanto a la protección de la vejez, hay que mencionar, en primer lugar, la Ley 153/1969, con la que el legislador adoptó los dictados de la Constitución, yendo en ocasiones más allá. En primer lugar, el artículo 22 prevé el derecho a una pensión también para quienes, sin padecer una discapacidad y sin haber alcanzado una edad avanzada, han trabajado durante un número considerable de años, por lo que tienen un período de tiempo cotizado realmente amplio. Se trata de la *pensione di anzianità*, que posteriormente se convirtió en *pensione anticipata* (pensión de jubilación anticipada en función de los años de cotización)¹⁷. Y, en segundo lugar, la Ley 153/1969 establecía el principio de *perequazione* (revalorización

¹⁵ Véase F. SANTORO PASSARELLI, «Rischio e bisogno nella previdenza sociale», en *Rivista Italiana di Previdenza Sociale*, 1948, I; y C. LEGA, «Sulla funzione dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro», en *Rivista Italiana della Previdenza Sociale*, 1963, p. 1164 y ss.

¹⁶ Véase M. PERSIANI, «Tendenze dell'evoluzione della tutela per gli infortuni e le malattie professionali: il superamento del principio del rischio professionale», en *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, III, 1974, p. 177 y ss.

¹⁷ Véase G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, cit., p. 2566.

automática) de las pensiones, y también había propiciado el abandono del criterio *contributivo* para el cálculo de las pensiones al apostar por el criterio *retributivo*. Este último se mantuvo en vigor hasta 1995, cuando la *Riforma Dini* dispuso la vuelta a un sistema de cálculo *contributivo*.

Por último, la Ley 153/1969 concentró la gestión general del sistema de pensiones italiano en el *Istituto Nazionale della Previdenza Sociale* (INPS). A veces se denomina con el acrónimo AGO (*Assicurazione Generale Obbligatoria*), que hace referencia a la protección de la seguridad social de la mayoría de los trabajadores por cuenta ajena, a través del *Fondo Previdenziale dei Lavoratori Dipendenti* (FPLD), así como de muchos trabajadores autónomos. Para algunas categorías de trabajadores, consideradas merecedoras de un trato diferente por razones diferentes, la Ley 153/1969 admitió, sin embargo, la existencia de regímenes especiales que, durante muchos años, fueron gestionados por organismos *ad hoc* distintos del INPS.

En la actualidad, la distinción entre regímenes generales y regímenes especiales se mantiene, pero con dos diferencias. En primer lugar, desde los años 90, el sistema jurídico ha desarrollado una fuerte tendencia a la expansión del régimen general, con la consecuencia de que hoy en día muy pocas categorías siguen perteneciendo a formas de gestión especiales. En segundo lugar, la inmensa mayoría de los regímenes especiales es gestionada actualmente por el INPS, que, sin embargo, transfiere las cotizaciones abonadas periódicamente por los obligados a fondos o cajas especiales.

Los regímenes especiales pueden subdividirse en regímenes sustitutivos, exclusivos o complementarios con respecto al AGO. En cuanto a los regímenes sustitutivos, se basan en métodos de gestión que sustituyen completamente a los vigentes para todos los trabajadores. Por lo tanto, el trabajador en cuestión sólo paga una cotización, lo que se traduce en una única pensión a cargo de una única aseguradora. Tradicionalmente, había nueve fondos sustitutivos de la AGO, pero cerca de la mitad de ellos desapareció gradualmente durante los años 90, mientras que los que permanecieron se transfirieron a la gestión del INPS, con la excepción del *Fondo Pensione dei Giornalisti* (periodistas), que es el único régimen

sustitutivo aún vigente que está gestionado por un organismo distinto del INPS, el INPGI.

Por otro lado, los regímenes exclusivos de la seguridad social de la AGO están pensados para todos los trabajadores empleados por las administraciones del Estado. De nuevo, en el pasado, estos regímenes de seguridad social no eran gestionados por el INPS, sino por instituciones especiales, como el INPDAP, ahora suprimido. En la actualidad, su gestión ha sido transferida al INPS, pero todavía puede considerarse como una forma de gestión exclusiva de la AGO, ya que los recursos económicos de los funcionarios siguen yendo a parar a un fondo *ad hoc*, como ocurre también con los empleados de las administraciones locales y los agentes judiciales. Por último, los trabajadores que están obligados a pagar una cotización adicional a la abonada a la AGO están afiliados a los regímenes complementarios de la AGO. La cotización adicional da lugar a una prestación adicional, de modo que, además de la pensión del seguro general, estos trabajadores tienen derecho a un complemento pagado por la institución que gestiona el régimen especial. Actualmente, están en vigor las siguientes formas complementarias: el *Fondo degli Agenti di Commercio*, que sigue siendo gestionado por ENASARCO, el *Fondo Esattoriali*, que, sin embargo, ha sido transferido a la gestión del INPS, y el *Fondo di Previdenza dei Lavoratori delle Miniere, Cave e Torbiere*, también gestionado por el INPS. Se suprimieron otros fondos, por lo que los trabajadores afectados fueron transferidos a la AGO.

Un ejemplo de la evolución que se ha producido en materia de regímenes especiales es el de la seguridad social marítima, que constituyó un régimen especial sustitutorio hasta 1967 (Ley 658/1967), luego un régimen complementario hasta 1984 (Ley 413/1984), y finalmente pasó a la gestión del INPS en el régimen de la AGO. Con la reforma de 1984, de hecho, se suprimió definitivamente la *Cassa Nazionale di Previdenza Marinara* (CNPM), de forma totalmente coherente con la mencionada tendencia del sistema a ampliar el régimen general¹⁸¹⁹.

¹⁸ Aunque ya no están sujetos a un régimen especial, los marinos siguen disfrutando de ciertas prestaciones específicas de la seguridad social, además de las garantizadas a los demás trabajadores afiliados a la AGO. Este remanente del antiguo régimen especial pretende adaptar el régimen general a las peculiaridades contractuales propias de la relación laboral marítima, así como a las situaciones particulares que pueden

ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 125-149

En cuanto a la legislación especial de protección de la vejez, destaca la mencionada *Riforma Dini*, aplicada por la Ley 335/1995. Se trata, sin duda, de una medida estructural, promulgada con el objetivo de armonizar la normativa sobre los distintos tratamientos de las pensiones de jubilación, tanto en el sector público como en el sector privado. Esta reforma modificó los criterios y el sistema de cálculo de las prestaciones de jubilación, reintroduciendo el modelo *contributivo*, basado en el total de las cotizaciones pagadas por el trabajador durante su vida laboral (revalorizadas en el tiempo).

En 2011, el legislador introdujo de nuevo cambios para racionalizar el sistema de jubilación, ampliar la aplicación del modelo *contributivo* y reformar la regulación de las redes de seguridad social, con el objetivo de reducir (aún más) el gasto de la seguridad social en relación con el producto interior bruto. El Decreto Legislativo 201/2011, conocido como la *Riforma Fornero*, en primer lugar, ha aumentado progresivamente los requisitos de edad para la jubilación por vejez, previendo su ajuste a la esperanza de vida. Y, en segundo lugar, ha redefinido las normas de acceso a la *pensione anticipata* (pensión de jubilación anticipada), elevando el requisito previsto anteriormente.

Las dos reformas que se acaban de describir parecen ir en una dirección diferente con respecto a la concepción constitucional de la seguridad social, ya que «el principio de solidaridad habría sido sustituido por el de la estricta correspondencia entre las cotizaciones pagadas y las prestaciones de jubilación»²⁰, típico de los viejos conceptos que estaban en

surgir en el desarrollo de la actividad de navegación. Las prestaciones específicas de la seguridad social incluyen la ampliación de los periodos de navegación a efectos del cálculo de la pensión, la pensión de vejez anticipada, la pensión por incapacidad para la navegación y la pensión para los supervivientes de los marinos perdidos en el mar. Constituyen una forma de gestión especial de la seguridad social, ya que corren a cargo de un fondo distinto del FPLD, el *Fondo Lavoratori Marittimi*.

¹⁹ Véase D. GAETA, *Voce «previdenza marinara»*, en *Enciclopedia del diritto*, tomo XXXV, 1986.

²⁰ Véase M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 36. Textualmente, «il principio di solidarietà sarebbe stato sostituito con quello di rigorosa corresponsività tra contributi versati e prestazioni pensionistiche».

boga durante el sistema corporativo. Sin embargo, con la reintroducción del sistema *contributivo*, la relevancia de la retribución sólo se ha modificado parcialmente, y la retribución sigue desempeñando un papel decisivo en la determinación de las pensiones, aunque de forma indirecta, por lo que las intervenciones de 1995 y 2011 no son suficientes para modificar del todo la función asignada a la protección de vejez²¹.

La propia *Corte Costituzionale* ha subrayado el principio de ponderación global de los intereses constitucionales en el marco de la compatibilidad económica y financiera, y ha afirmado el principio de discrecionalidad del legislador²² en la determinación de la cuantía de las prestaciones sociales, justificando las opciones del legislador dirigidas a contener el gasto público y a garantizar la sostenibilidad del sistema a largo plazo, incluso cuando se caracterizan por medidas de empeoramiento, siempre que no sean manifiestamente irracionales²³.

Además, en 2019 se produjo otro cambio de rumbo, que interrumpió temporalmente este retorno parcial de la seguridad social al concepto de seguro. De hecho, se introdujeron una serie de excepciones al sistema, caracterizadas, sobre todo, por la posibilidad de la jubilación anticipada, incluida la “cuota 100”. Esta posibilidad de jubilación anticipada fue introducida por el Decreto Ley 4/2019, convertido en la Ley 26/2019, que dispuso con carácter experimental, para el trienio 2019-2021, que los trabajadores que tuvieran al menos 62 años de edad y 38 años cotizados pudieran jubilarse. La prestación estaba a disposición de los inscritos en la AGO (tanto en la gestión del FPLD como en los regímenes de gestión de los trabajadores autónomos) y en sus formas sustitutivas o exclusivas gestionadas por el INPS. Esta medida se ha prorrogado hasta 2022, con la diferencia de que los trabajadores deben cumplir 64 años de edad y tener 38 años de cotización («cuota 102»).

2. Protección en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional

²¹ Véase M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 32.

²² *Corte Costituzionale* 180/1982 y 220/1988.

²³ *Corte Costituzionale* 73/1992, 485/1992 y 347/1997.

En el marco de la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, el INAIL es responsable del régimen de seguros, que se financia únicamente con las cotizaciones de los empresarios y que protege a los trabajadores en caso de accidente, enfermedad profesional o muerte en el trabajo.

La protección contra los accidentes de trabajo, como se ha mencionado anteriormente²⁴, constituyó el primer retoño de la seguridad social italiana, ya que fue la Ley 80/1989 la que introdujo por primera vez una obligación de seguro social, que afectaba a los empresarios del sector industrial. Como se ha mencionado, la protección de los riesgos laborales sigue siendo, en parte, dominante. De hecho, algunos aspectos de la legislación actual se inspiran en esta concepción de la protección de los accidentes, constituyendo un resto de la legislación promulgada durante el período pre-corporativo y corporativo, a pesar de la evolución que siguió a la entrada en vigor del texto constitucional. Ahora bien, no se puede aceptar el argumento de que este resto es compatible con los principios vigentes, porque, en efecto, el principio de riesgo profesional hace que la protección se limite a los trabajadores que realizan actividades consideradas peligrosas, lo que no ocurriría si estuviera plenamente integrado en el concepto de solidaridad social.

En la actualidad, la normativa fundamental que regula la materia está contenida en el *Testo Unico* (T.U.), aprobado por el *Decreto del Presidente della Repubblica* 1124/1965, modificado por el Decreto Legislativo 38/2000. El *Decreto del Presidente della Repubblica* confía la gestión de la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales al INAIL, antigua *Cassa di Assicurazione per gli Infortuni sul Lavoro*²⁵, que concede prestaciones de carácter temporal o permanente, o puede conceder indemnizaciones en caso de fallecimiento.

La centralización de la gestión de los accidentes laborales en una sola institución también solía tener algunas excepciones, que han ido desapareciendo. Por ejemplo, en el caso de los trabajadores marítimos, esta

²⁴ *Supra*, apartado II.

²⁵ Creada por la Ley 1473/1883.

protección de la seguridad social estaba, hasta hace poco, a cargo del IPSEMA, que ya ha sido suprimido.

Hay que tener en cuenta que el T.U. se promulgó para ajustar el sistema vigente en ese momento a las disposiciones constitucionales, pero no tuvo éxito, ya que se limitó a proteger a los trabajadores que realizaban actividades estadísticamente peligrosas, en lugar de ampliar la protección de la seguridad social a todos los que sufren un accidente como consecuencia de su trabajo. De hecho, el ámbito de aplicación subjetivo del T.U. se limita a los puestos de trabajo enumerados en la legislación *a priori*, elegidos en función de la frecuencia particular, evaluada *ex ante*, de los accidentes en ese sector concreto. Es evidente que, de este modo, la legislación sigue anclada en el principio de riesgo laboral, que debería, en cambio, quedar descartado ya. Las restricciones al alcance de la protección encuentran su premisa teórica en la transferencia del riesgo típica del mecanismo de seguro, lo que significa que cuando no hay un trabajo peligroso, es decir, cuando el riesgo de accidente no se considera significativo, no hay oportunidad de transferir el riesgo del trabajador al empresario²⁶.

En cuanto a las enfermedades profesionales, el T.U. garantiza la protección de la seguridad social únicamente en caso de contracción de determinadas enfermedades tipificadas, recogidas en tablas (*tabelle*) específicas. La *Corte Costituzionale* intervino en el asunto²⁷, declarando ilegítima la limitación de la protección sólo a las enfermedades enumeradas en los cuadros, y ampliando en cambio la protección a cualquier enfermedad que tenga un origen laboral²⁸. Posteriormente, las disposiciones de la jurisprudencia de la Corte Costituzionale fueron recogidas por el Decreto Legislativo 38/2000, que modificó el T.U. en la parte relativa a las enfermedades profesionales, de modo que actualmente el sistema en cuestión se denomina «mixto», ya que prevé la protección tanto de las enfermedades típicas enumeradas en los cuadros, como de las enfermedades atípicas, siempre que pueda demostrarse su causa profesional. Lo que parece

²⁶ Véase V. CANGEMI, *L'infortunio sul lavoro. Persona, tecnologia, tutele*, Adapt University Press, Módena, 2020.

²⁷ *Corte Costituzionale* 179/1988.

²⁸ Véase F. ABATI, «Assicurazione infortuni sul lavoro e malattie professionali: le modifichie del sistema operate dalla Corte Costituzionale», en R. PESSI (Director), *Solidarietà e mutualità nel diritto della previdenza sociale*, Nápoles, 1989, p. 51.

un gran logro desde el punto de vista científico, normativo y político es, en la práctica, un camino plagado de obstáculos, ya que la prueba es aquí compleja²⁹.

Además, a pesar de la reforma de 2000, el principio de riesgo profesional sigue presente en el sistema actual, sobre todo en el ámbito de los accidentes, ya que se sigue exigiendo el riesgo estadístico para que el trabajador tenga derecho a las prestaciones. Asimismo, el empresario asume las consecuencias del riesgo de accidente mediante el pago de la prima, que a su vez es proporcional al riesgo del servicio³⁰. Esto significa que, a diferencia de las demás formas de protección de la seguridad social, en el ámbito de la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales «todo se reduce a una transferencia del riesgo que afecta únicamente a las partes de la relación laboral»³¹, y por tanto no es una expresión del riesgo del empresario, y consecuentemente, tampoco es una expresión de solidaridad colectiva. El total sinsentido del texto actual es obvio, dado que todas las actividades laborales exponen a las personas a un riesgo y, por tanto, todas deben ser protegidas³².

Esto sigue siendo así en la actualidad, a pesar de la ampliación del concepto de *occasione di lavoro* (oportunidad del trabajo) llevada a cabo por la jurisprudencia, que ha conducido a la superación de la estricta relación de causalidad entre el riesgo y el hecho indemnizable, de modo

²⁹ Para la mayoría de las enfermedades relacionadas con el trabajo que no tienen una manifestación típica, es difícil definir con certeza el vínculo entre el trabajo, el agente morboso y la enfermedad. El problema se complica en el caso de las enfermedades multifactoriales, en las que tanto los factores laborales como los no laborales contribuyen a la lesión invalidante, con la incertidumbre adicional, por lo que respecta a los primeros, de definir cuál es el trabajo prevalente al que debe atribuirse entonces la carga de las prestaciones a efectos contributivos (piénsese en el caso de una multiplicidad de relaciones laborales).

³⁰ Véase F. PONTRANDOLFI, «Infortuni sul lavoro e malattie professionali tra occasionalità e causalità spunti ricostruttivi del danno da lavoro», en F. FACELLO (Director), *Il sistema di tutela degli infortuni e delle malattie professionali. Soggetti, funzioni, procedure*, Giuffrè, Milán, 2005, pp. 171-175.

³¹ Véase M. PERSIANI, *La tutela del rischio professionale nel quadro della previdenza sociale*, cit., p. 316. Textualmente, «*tutto si riduca ad una traslazione del rischio che riguarda esclusivamente le parti del rapporto di lavoro*».

³² Véase V. CANGEMI, *L'infortunio sul lavoro. Persona, tecnologie, tutele*, cit., p. 16.

que, a efectos del pago de la indemnización del accidente, basta ahora con el mero vínculo de instrumentalidad entre el trabajo y el hecho³³³⁴. En particular, la *Corte di Cassazione*³⁵, primero, y la *Corte Costituzionale*³⁶, después, han ampliado la protección en cuestión afirmando la existencia de una presunción *juris et de iure* de peligrosidad del trabajo, que opera incluso en ausencia de un riesgo real y concreto. Evidentemente, el enfoque selectivo de la normativa se mantiene. Por lo tanto, aunque la interpretación jurisprudencial mencionada permite una ampliación considerable de la protección, sería deseable que su doctrina se incorporase expresamente en la normativa reguladora³⁷.

De hecho, la doctrina italiana se muestra bastante unida al reclamar una reorganización legislativa que pueda ser más coherente con los principios constitucionales, porque «todas las limitaciones impuestas en función de la presunta peligrosidad de determinados trabajos, y todos los aspectos de la disciplina legislativa que siguen reflejando la función originaria de asegurar la responsabilidad civil de los empresarios, constituyen flagrantes incongruencias con respecto a la función que ahora es también propia de esta forma de protección de la seguridad social»³⁸.

V. EL TRIBUNAL COMPETENTE PARA LOS LITIGIOS DE SEGURIDAD SOCIAL

El tribunal competente para los litigios de la seguridad social es, en Italia, el juez ordinario del trabajo. Por lo tanto, se debe interponer un recurso ante el Tribunal del Trabajo para obtener las prestaciones

³³ *Corte di Cassazione, sezione lavoro*, 13447/2000.

³⁴ Véase F. PONTRANDOLFI, «Infortuni sul lavoro e malattie professionali tra occasionalità e causalità spunti ricostruttivi del danno da lavoro», cit., p. 170 y ss.

³⁵ *Corte di Cassazione, sezione lavoro*, 7234/1986.

³⁶ *Corte Costituzionale* 221/1986 y 100/1991.

³⁷ Véase M. PERSIANI Y M. D'ONGHIA, *Lineamenti di diritto della previdenza sociale*, cit., p. 136.

³⁸ *Ibidem*, p. 135. Textualmente, «*tutte le limitazioni disposte in funzione della presunta pericolosità di certi lavori, e tutti gli aspetti della disciplina legislativa che ancora rispecchiano l'originaria funzione di assicurazione della responsabilità civile dei datori di lavoro, costituiscono palesi incongruenze rispetto alla funzione che ormai è propria anche di questa forma di tutela previdenziale*».

injustamente denegadas por las instituciones competentes. Sin embargo, los litigios de la seguridad social tienen algunas características peculiares.

La primera peculiaridad se refiere a que, en la mayoría de los casos, es condición procesal para la acción judicial³⁹ que también se haya interpuesto con carácter previo un recurso administrativo, en el que se pide a la institución que revise la decisión de denegación de la solicitud de prestaciones de la seguridad social, con lo que se está ofreciendo a la institución la posibilidad de actuar eventualmente en *autotutela*⁴⁰.

Por lo tanto, el trabajador que crea tener derecho a una prestación de la seguridad social debe presentar primero una solicitud a la institución competente para obtenerla. En caso de denegación total o parcial, puede solicitar la revisión de la decisión mediante un recurso administrativo. La denegación contra la que recurre puede consistir, en algunos casos, en el silencio del Instituto, ya que la solicitud de prestaciones se considera rechazada 120 días después de su presentación. Transcurrido ese plazo, se puede presentar el recurso administrativo. En caso de que el resultado del recurso administrativo sea insatisfactorio, el trabajador puede proceder a la interposición de una acción judicial, que siempre es posible una vez que hayan transcurrido los plazos para resolver los recursos administrativos o, en cualquier caso, después de que hayan transcurrido 180 días desde la fecha de presentación del recurso.

El régimen legal de los recursos administrativos contra las medidas del INPS está regulado por el capítulo III de la Ley 88/1989, que establece que, para los recursos relativos a las prestaciones, son los *Comitati Provinciali* del Instituto los que toman la decisión final. En cambio, para los recursos relativos a las cotizaciones, la competencia para decidir recae en los *Comitati* de las distintas Gestiones⁴¹. En ambos casos, se puede

³⁹ Cfr. artículo 443 del Código de Procedimiento Civil.

⁴⁰ *Corte Costituzionale* 47/1964. Para más informaciones sobre la *autotutela*, véase M. SILVESTRI, *Potere pubblico e autotutela amministrativa*, Giappichelli, Turín, 2021.

⁴¹ Se trata de los cuatro regímenes de la Ley 88/1989: gestión de las prestaciones temporales de los trabajadores por cuenta ajena; gestión de las cotizaciones y prestaciones de la seguridad social de los agricultores, aparceros y ganaderos; gestión de las cotizaciones y prestaciones de la Seguridad Social de los artesanos; y gestión de las cotizaciones y prestaciones de la seguridad social de las actividades comerciales.

presentar un recurso administrativo en un plazo de 90 días a partir de la fecha de comunicación de la decisión. Si el *Comitato* no se pronuncia en un nuevo plazo de 90 días, el interesado puede recurrir a las autoridades judiciales.

Las reglas que rigen los recursos administrativos contra las medidas del INAIL se contienen en el ya citado T. U. 1124/1965. En este caso, el trabajador enfermo o accidentado que considere que se ha vulnerado su derecho a las prestaciones debe presentar un recurso (llamado *opposizione amministrativa*) en el plazo de 60 días desde la recepción de la medida. A continuación, el INAIL debe notificar al trabajador, en un plazo de 150 días (210 en el caso de revisiones), la decisión adoptada sobre la oposición. Si el trabajador no recibe respuesta en estos plazos, o si la solicitud es rechazada o aceptada con un resultado insatisfactorio, puede acudir a las autoridades judiciales.

La acción judicial, como se ha mencionado, consiste en presentar un recurso ante el Tribunal de Trabajo (*Tribunale del lavoro*). De hecho, se aplica a los conflictos la regulación del proceso laboral (Ley 533/1973). Si el juez comprueba que el demandante tiene derecho a la prestación, ordena a la institución de la seguridad social el pago de esta, pudiendo además condenar al demandado al pago de una indemnización por los mayores perjuicios sufridos como consecuencia de la disminución del valor del crédito⁴².

VI. OBSERVACIONES FINALES

Por lo que respecta, en primer lugar, a la protección de la vejez, puede concluirse que no existen dudas de constitucionalidad en relación con el sistema de jubilación, dado que el legislador, especialmente en esta particular materia, dispone de un cierto grado de discrecionalidad con respecto a las formas en que aplica los principios constitucionales. En consecuencia, el retorno parcial a una concepción sinalagmática de las prestaciones de jubilación, aplicada por los legisladores de 1995 y 2011 para limitar el gasto público en pensiones y hacer más sostenible el sistema en un

⁴² *Corte Costituzionale* 156/1991.

periodo de elevado endeudamiento público, no puede considerarse contrario al artículo 38 de la Constitución. También porque la remuneración sigue siendo un elemento clave para determinar el importe de las pensiones, que, además, se siguen revalorizando periódicamente, el principio de automaticidad sigue siendo válido y se ha preservado la contribución financiera del Estado⁴³.

Por el contrario, en materia de protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, puede concluirse que el legislador ha sobrepasado el umbral de discrecionalidad antes mencionado, dado que el sistema normativo actual, basado en la peligrosidad estadística de la actividad laboral en la que se ha producido el accidente, parece totalmente contrario al concepto solidario de protección de la seguridad social expresado en el art. 38, según el cual todos los trabajadores que se encuentran en situación de necesidad (y no sólo los que realizan un trabajo peligroso) deben recibir los medios para salir de esa situación.

De hecho, la jurisprudencia se ha visto obligada a indicar una interpretación del T.U. 1124/65 que permite una considerable ampliación de la protección. La propia *Corte Costituzionale* ha declarado que «la elección del legislador de la protección del seguro obligatorio contra los accidentes de trabajo adolece de incoherencias y lagunas difícilmente justificables por razones objetivas»⁴⁴. El tribunal se refiere ciertamente al hecho de que la protección de la seguridad social contra los accidentes no debe basarse en el principio del riesgo profesional, que lleva a considerarla como una forma de indemnización, sino en el principio de la necesaria solidaridad de la comunidad hacia los trabajadores que se encuentran en una situación de necesidad, de la que la protección de la seguridad social puede ayudarles a salir. Por tanto, es preferible que el legislador adopte la interpretación ampliada que ha hecho la jurisprudencia, que hasta ahora ha permitido sortear el obstáculo de su actitud selectiva. La cuestión es bastante urgente, dado que, con la llegada de la llamada cuarta revolución industrial y las

⁴³ Véase M. PERSIANI Y M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, cit., p. 33.

⁴⁴ *Corte Costituzionale* 310/1994, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1994, I, p. 3044. Textualmente, «la scelta del legislatore in ordine alla tutela assicurativa obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro risente di incongruenze e lacune difficilmente giustificabili in base a ragioni obiettive».

transformaciones laborales que conlleva, las contradicciones del sistema probablemente se amplificarán aún más, poniendo a prueba su resistencia⁴⁵.

Por estas razones, la gran mayoría de la doctrina reclama una reforma, que es aún más perentoria tras la entrada en vigor del Decreto Legislativo 81/2008 sobre la protección de la salud y la seguridad en el trabajo, que constituye un hito para la reconstrucción de los riesgos laborales y sus consecuencias perjudiciales, y a la luz del cual debe revisarse todo el sistema de seguros. Además, el sistema actual parece absorber todos los recursos disponibles para las indemnizaciones, privando a la prevención de los medios adecuados⁴⁶. No debe olvidarse, en efecto, que la supresión de la situación de necesidad no es la única finalidad que puede deducirse del artículo 38 de la Constitución, el cual, leído juntamente con los artículos 4 y 32, impone sin duda a la República la tarea de asegurar también una protección preventiva que evite la formación misma de la necesidad, protección sin la cual «la concesión de prestaciones económicas ... no puede considerarse suficiente»⁴⁷.

A pesar de la evidente necesidad de modificar la legislación, desde diversos y múltiples puntos de vista, los intentos de presentar al Parlamento propuestas de reforma del seguro de accidentes de trabajo han sido hasta ahora escasos y estériles. Las propias *Corte Costituzionale* y *Corte di Cassazione* han reclamado reformas orgánicas, que han sido acogidas por un amplio consenso, pero que nunca han llegado a un primer examen parlamentario, en parte porque carecen de una mínima reconstrucción del escenario y de un adecuado estudio de viabilidad⁴⁸.

⁴⁵ Véase V. CANGEMI, *L'infortunio sul lavoro. Persona, tecnologie, tutele*, cit., p. 17.

⁴⁶ Véase A. DE MATTEIS Y S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, Milán, 2005.

⁴⁷ Véase M. CINELLI, «Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale», en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 1999, pp. 75-76. Textualmente, «l'erogazione delle prestazioni economiche ... non può ritenersi sufficiente».

⁴⁸ Véase P. ACCONCIA, *Considerazioni per una riforma dell'Assicurazione Infortuni sul Lavoro fra razionalizzazione ed evoluzione*, en *Quaderni della Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, Inail, Milán, 2009.

En nuestra opinión, una eventual reforma debería definir los principios rectores del sistema completo, y debería fundamentarse en el respeto a los principios constitucionales, pero al mismo tiempo permitir una interpretación evolutiva, que se ajuste a la realidad social y, sobre todo, económica del país, y que tenga en cuenta la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema a largo plazo. Además, debería perseguir como objetivo mejorar la protección tanto en lo que tiene que ver con las prestaciones económicas como en todo aquello que está relacionado con la garantía de los medios necesarios y útiles para favorecer una pronta y provechosa reincorporación del trabajador. En definitiva, debe partir de la base de que el sistema de indemnización es un componente de un sistema más amplio de protección de los riesgos laborales.

BIBLIOGRAFÍA

ABATI, F., «Assicurazione infortuni sul lavoro e malattie professionali: le modifiche del sistema operate dalla Corte Costituzionale», en R. PESSI (a cargo de), *Solidarietà e mutualità nel diritto della previdenza sociale*, Nápoles, 1989.

ACCONCIA, P., «Considerazioni per una riforma dell'Assicurazione Infortuni sul Lavoro fra razionalizzazione ed evoluzione», en *Quaderni della Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, Inail, Milán, 2009.

CANGEMI, V., *L'infortunio sul lavoro. Persona, tecnologie, tutele*, Adapt University Press, Módena, 2020.

CARPI, F. Y TARUFFO, M. (a cargo de), *Commentario Breve al Codice di procedura civile*, sub art. 413 cpc, p. 1652 col. I, Cedam, Padua, 2018.

CINELLI, M., «Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale», en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 1999.

CINELLI, M. Y GIUBBONI, S., *Lineamenti di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padua, 2020.

FERRARI, V., «Centralità del rischio e valenza sociale dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro», en *Il Foro Italiano*, I, 2004.

GAETA, D., *Voce «Previdenza Marinara»*, en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXXV, Giuffrè, Milán, 1986.

LEGA, C., «Sulla funzione dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro», en *Rivista Italiana di Previdenza Sociale*, 1963.

LEVI SANDRI, L.R., *Assicurazione contro l'invalidità e vecchiaia*, en *Enciclopedia del diritto*, Tomo III.

LUDOVICO, G., *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Giuffrè, Milán, 2012.

MISCIONE, M., «L'automaticità delle prestazioni», en *Lavoro e Diritto*, 1987.

MORELLO, M., «Alle origini della tutela degli infortuni sul lavoro», en *Diritto della Sicurezza sul lavoro*, n. 2, 2016.

MORELLO, M., «La tutela della “gente di mare” tra codici e assicurazione obbligatoria contro gli infortuni nel T.U. 31 gennaio 1904, n. 51», en *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, I, 2020.

PERA, G., «L'automaticità (parziale) delle prestazioni nell'assicurazione invalidità e vecchiaia», en *Sicurezza Sociale*, 1970.

PERSIANI, M., «Tendenze dell'evoluzione della tutela per gli infortuni e le malattie professionali: il superamento del principio del rischio professionale», en *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1974, III.

PERSIANI, M. Y D'ONGHIA M., *Fondamenti del diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Turín, 2018.

PERSIANI, M., *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padua, 2005.

PONTRANDOLFI, F., «Infortuni sul lavoro e malattie professionali tra occasionalità e causalità spunti ricostruttivi del danno da lavoro», en F. FACELLO (a cargo de), *Il sistema di tutela degli infortuni e delle malattie professionali. Soggetti, funzioni, procedure*, Giuffrè, Milán, 2005.

RAZAVI, S. ET AL., «Reinvigorating the social contract and strengthening social cohesion: Social protection responses to COVID-19», en *International Social Security Review*, vol. 73, No. 3, 2020.

ROSSI, F.P., *Pensione (diritto privato)*, en *Enciclopedia del diritto*, tomo XXXII, Giuffrè, Milán, 1986.

SANTORO PASSARELLI, F., «Rischio e bisogno nella previdenza sociale», en *Rivista Italiana di Previdenza Sociale*, I, 1948.

SANTORO PASSARELLI, G., *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Tomo II, Utet, Milán, 2020.

EL DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO A CIEN AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1917

[*MEXICAN LABOR LAW ONE HUNDRED YEARS AFTER THE
POLITICAL CONSTITUTION OF 1917*]

Patricia Kurczyn Villalobos

Fecha de recepción: 31 de agosto de 2022
Fecha de aceptación: 7 de septiembre de 2022

Sumario: 1. Introducción y antecedentes constitucionales en materia laboral en México.- 2. Planteamiento general de la normatividad laboral vigente.- 3. Reformas constitucionales más significativas.- 4. Reformas legales.- 5. La judicialización de los órganos juzgadores en materia laboral.- 6. Participación certificada de los trabajadores.- Conclusiones.- Bibliografía reforma laboral.

Contents: 1. Introduction and constitutional background in matters of labor in Mexico.- 2. General approach to labor norms in force.- 3. The most outstanding constitutional reforms.- 4. Statutory reforms.- 5. To make judicial the adjudging bodies in matters of labor.- 6. Registered participation of the workers.- Conclusions.- Labor reform bibliography.

Resumen: El Derecho del trabajo es dinámico, expansivo, imperativo cuyo contenido real económico y social se mantiene en dificultad constante por mantener su equilibrio. De esta nivelación depende el bienestar de la clase trabajadora y sin duda el interés de la clase empresarial como si se tratara de dos binomios con una causa común, lo cual resulta tan difícil para resolver, más cuando entre juristas el álgebra no se da. El Derecho del trabajo es tan sensible como lo poético y tan real como la diaria subsistencia para millones de personas en el mundo, testigo de grandes injusticias y desigualdades. La búsqueda de esa causa común es lo que la justicia social pretende, es lograr armar un rompecabezas cuyas piezas a veces cambian, se pierden o se esconden. La nivelación de las normas laborales requiere el juego de la economía, el sentido social de la cohesión y la buena fe. El Derecho mexicano del trabajo es ahora un rompecabezas; éste solo se logrará armar

cuando haya buena fe, juegos limpios y especialmente el irrestricto y universal respeto a los derechos humanos.

***Abstract:** Labor Law is dynamic, expansive, mandatory, the economic and social true contents of which constantly maintain a difficult balance. The welfare of working class and the interest of employer class depend of such levelling, and are like two binomials having a common cause, what is difficult to manage because jurists do not master algebra. Labor Law is so sensitive as poetry, so real as the day-to-day survival for millions people in the world, and a witness of great injustices and inequalities. Searching for such common cause is what social justice intends, that is, getting to assemble a puzzle, the pieces of which are sometimes changed, lost, or hidden. The levelling of labor norms requires the role of economy, social sense, and good faith. Mexican Labor Law is nowadays a puzzle; this will be only assembled when having good faith, fair play, and specially the unrestricted and universal respect of human rights.*

Palabras clave: Derecho laboral mexicano, Garantías individuales y derechos humanos, Tribunales de trabajo, Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral

***Keywords:** Federal Center of Conciliation and Labor Register, Individual guarantees and human rights, Labor Courts, Mexican Labor Law*

* * *

1. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES EN MATERIA LABORAL EN MÉXICO

El Derecho mexicano del trabajo prácticamente nació autónomo en los albores del siglo XX, con la promulgación de la Constitución Política cuyo sello social ha sido reconocido mundialmente, que entró en vigor el 5 de febrero de 1917, con antelación tanto a la creación de la Organización Internacional del Trabajo como de la Constitución de Weimar, ambas de 1919.

La Asamblea Constituyente inició sus trabajos el 1º de diciembre de 1916 en el Teatro Iturbide de la ciudad de Querétaro en donde Venustiano Carranza dio lectura a la Exposición de Motivos del proyecto de Constitución, que serviría de base para que los diputados discutieran la nueva Carta Magna que regiría a nuestro país.

Estos acontecimientos dieron fin a la revolución social que derrocó al Presidente, General Porfirio Díaz después de 30 años de permanecer en el poder; con ello surgió el movimiento constitucionalista guiado por quien fuera el primer Presidente, Venustiano Carranza, que convocó en el año de 1913 a reformar la Constitución vigente de 1857.

Las discusiones de los constituyentes fueron muy acaloradas e intensas sobre todo en los temas sociales. En el primer Título, denominado «De las garantías individuales» prácticamente se sustentaron los derechos humanos y en el artículo 4º se plasmó el derecho y la libertad de trabajar. Por reformas que se fueron haciendo al texto constitucional, dicho artículo cambió nomenclatura y quedó como artículo 5º, como hoy se conserva con un texto ampliado. Sin embargo, la profundidad de las discusiones, la gran importancia que se dio al tema de los derechos de los trabajadores, llevó a los diputados a posponer la redacción correspondiente, y casi a manera de reglamento se dejó la propuesta al final de los debates, razón por la cual el Título «Del trabajo y la previsión social» conforma el artículo 123. La Constitución consta de 136 artículos.

Dos disposiciones fueron básicas para la regulación del trabajo: el derecho y la libertad al trabajo en el artículo 4º constitucional en su texto original (actualmente artículo 5º como ya se expresó), lo que en esa época

se entendía como una garantía individual, y por el célebre artículo 123 citado que recogía las aspiraciones y demandas de los trabajadores desde el siglo XVIII impulsadas por el movimiento liberal que encabezaron los hermanos Enrique, Jesús y Ricardo Flores Magón, aspiraciones coincidentes con las de los trabajadores de todo el mundo y que en México aparecieron en el Manifiesto Liberal y más tarde acogidas en algunas fracciones de ese mismo artículo 123 para regir las actividades subordinadas, aplicadas a los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y todo contrato de trabajo, como reza textualmente; normas que fueron valoradas primero como garantías sociales y reconocidas tardíamente como derechos humanos en la reforma constitucional de 2011. Ambos artículos, el 5° y el 123 han tenido reformas en su larga vigencia de 105 años, entendible ante la dinámica social, política, económica, científica y tecnológica de la sociedad universal en general y particularmente en el país y en la condición progresiva que contiene el Derecho positivo del trabajo, nutrido por la defensa de los derechos humanos. La transformación laboral en México, como en todo el mundo, tanto en el propio contexto geográfico y socio económico de cada uno de los países, como por las influencias globalizadoras no debe sorprender, toda vez que el Derecho del trabajo es una rama *sui generis* que se caracteriza por su dinamismo y expansividad.

Por otra parte, el trabajo humano como el hecho social que calificó Durkheim, requiere reglas de permanente actualización, de ahí que uno de los principios sea la adaptación a la realidad y otro la protección jurídica para la parte más vulnerable en la relación entre quien ordena, organiza y dirige la producción de bienes y servicios y quienes realizan dichas actividades a cambio de una remuneración que se ha denominado tradicionalmente salario, pero que igualmente se traduce en sueldo o jornal, dejando a lado el de honorarios que se utiliza para aquellas relaciones no subordinadas, ahora utilizadas para disfrazar la relación de trabajo y evitar el pago de prestaciones y/o escabullirse de la normativa laboral, de la protección social y de los ordenamientos fiscales. Sin embargo, de ser necesario, el término que se usa para identificar el pago del trabajo debiera incorporarse ante las renovaciones de remuneración y las modalidades de trabajo con lo cual se afianzaría más la condición de relación laboral en beneficio de quienes prestan los servicios bajo modalidades no clásicas.

Las modificaciones constitucionales a los artículos 5° y 123 obedecen a la necesaria adaptación a la realidad para mantener su viabilidad y su eficacia, de lo contrario perderían su finalidad que es la justicia social

(aquí vale distinguir entre ésta y la justicia colaborativa y restaurativa), con el enfoque concentrado hacia la justiciabilidad de los derechos humanos aplicable definitivamente a partir de la reforma constitucional antes citada y la aplicación convencional que hasta ese momento se contemplaba jerárquicamente bajo la norma constitucional. No obstante, la demora en estos reconocimientos, el cambio fue el señalamiento de una nueva etapa en el Derecho mexicano en general con la aplicación de nuevos principios y nuevas reglas de interpretación.

El artículo 123 toma a partir de entonces una nueva dimensión y la magnitud de los derechos humanos, económicos, sociales, culturales y ambientales manifiestan su valioso significado. Estos que se entienden como derechos prestacionales reflejan la obligación del Estado, tanto para garantizar su cumplimiento como de proveer los caminos para ello, como es el dictar políticas públicas para generar inversiones y estructura económica para aumentar los puestos trabajo dignos y decentes para la población económicamente activa, con el respaldo de las funciones colaborativa y restaurativa a través de diversos instrumentos constitucionales, convencionales y legales. Verbigracia, políticas públicas de inversión, planeación económica, erradicación de corrupción, específicamente en materia laboral y de seguridad social, educación, instrucción y capacitación.

La otra parte es cumplir y hacer cumplir cabalmente las leyes en general con la no tolerancia, la no impunidad, la vigilancia e inspección en los centros de trabajo. Hacer cumplir la Ley Federal del Trabajo (1970) reglamentaria del Apartado A del artículo 123 constitucional; la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (1963) reglamentaria del Apartado B) del artículo 123 constitucional (1963); la Ley del Seguro Social (1993); la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y los Reglamentos de cada una de estas leyes y las que fueren aplicables entre los cuales son de gran relevancia el General de Inspección del Trabajo y Sanciones; el de los artículos 121 y 122, sobre Reparto de Utilidades; el Federal de Seguridad y Salud en el Trabajo y las Normas Oficiales Mexicanas (NOM)¹ entre las cuales se pueden mencionar

¹ Las Normas Oficiales Mexicanas constituyen disposiciones expedidas por la STPS sobre las condiciones laborales mínimas necesarias para atender todo lo relacionado con la seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo con referencia a las actividades de las distintas empresas cuya finalidad principal es la prevención de los accidentes y enfermedades del trabajo, además de analizar y establecer medidas correctivas. Las Normas Oficiales pueden referirse a cinco categorías: seguridad, salud, organización, específicas y

la 025 sobre Igualdad laboral y no Discriminación y la 035 sobre los factores de riesgo psicosocial en el entorno laboral. En ese tenor se cuenta hoy día con 44 Normas Oficiales.

Por otra parte, debe destacarse que, a partir de la reforma constitucional de 2011, los convenios internacionales de los que México es parte adquieren rango constitucional, convirtiendo al Derecho constitucional mexicano en un sistema con normas internas como externas en lo más alto de la jerarquía normativa, con la presencia ineludible y obligatoria del principio *pro-homine*, más conocido como *pro-persona* para atender el lenguaje incluyente. Esta consideración desde luego incorpora la obligatoriedad de los Convenios de la OIT ratificados, así como otras normas convencionales que implican derechos humanos económicos, sociales, culturales y ambientales, de vigencia fundamental al cobijo de la PIDESC y de toda Convención o Declaración de Derechos Humanos a la que México esté adherido, cuyo incumplimiento genera perjuicios que repercuten en la justicia laboral como lo es con el T-MEC², por el cual se impulsó la gran reforma en los órganos de impartición de justicia social. Otro instrumento internacional que suele olvidarse o por lo menos omitirlo es el 108 sobre Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, del Consejo de Europa, al que México se adhirió con vigencia del 12 de junio de 2018³ con gran importancia en el ámbito laboral para protección de las partes de las relaciones de trabajo⁴.

2. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA NORMATIVIDAD LABORAL VIGENTE

de producto. Las tres primeras son de aplicación general en toda la República y las dos últimas son de aplicación determinada o delimitada.

² Tratado de Libre Comercio entre Canadá, México y Estados Unidos firmado el 30 de noviembre de 2018. Versión revisada el 10 de diciembre de 2019. Entró en vigor el 1º de julio de 2020.

³ Sin que se haya ratificado el Convenio 108 Plus.

⁴ Actualmente se confrontan algunas leyes nacionales en el tema de datos personales que afectan a los trabajadores pues mientras la Ley Federal de Protección de Datos Personales para Particulares (LFPDPPP) reconoce que la sindicalización es un dato personal sensible, la LFT ordena que los padrones sindicales sean públicos; ante la contradicción se habrá de consultar el C. 108 y finalmente imponer el principio *pro persona*. No son los tiempos políticos para exigir una reforma congruente pero tarde o temprano habrá de imponerse mediante tribunales nacionales o internacionales como pudiera ser la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El trabajo humano es un hecho social dinámico lo que invita a contemplar su evolución junto a los avances de la ciencia y la tecnología que finalmente se desarrollan por los propios seres humanos. De ahí que surja una primera interrogante: porqué no hay sincronía entre los círculos que forman los intereses económicos, sociales, culturales y políticos cuándo son el eje de la movilidad de la población en el planeta. El trabajo del ser humano es instintivo para sobrevivir tal como lo es la procreación para perpetuarse. La sociología y la filosofía podrían iluminar estas cuestiones que en el día a día se ven superadas por las necesidades de sobrevivencia. Esta sobrevivencia no solo es biológica, la persona no es conformista y su propio razonamiento le invita, o a veces lo obliga, al análisis directo y profundo para avanzar y atender sus deseos de satisfacer en grande sus necesidades con más talento y menos esfuerzo lo que anima su ambición. La curiosidad y el entusiasmo por conocer cada vez más, incita a la investigación y conduce a grandes experiencias y conocimientos lo que será inútil si no se transforma en Derecho positivo y con el refuerzo de la protección y realización de los derechos humanos.

3. REFORMAS CONSTITUCIONALES MÁS SIGNIFICATIVAS⁵

Históricamente, entre las reformas constitucionales más significativas en el área de trabajo pueden citarse:

3.1. La federalización de la legislación laboral (DOF 06.09.1929) con la expedición de la Ley Federal del Trabajo de 1931 para garantizar la igualdad de la regulación laboral en el país de acuerdo a la finalidad del constituyente.

3.2. La adición del Apartado «B» (DOF 05.12.1960) al artículo 123 constitucional relativo a los trabajadores al servicio de los Poderes de la Unión y de los entonces gobiernos del Distrito Federal y Territorios, hoy de la Ciudad de México. Este apartado no incluye a los servidores públicos de los poderes de las entidades federativas, que deben regularse por el apartado «A».

⁵ <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>. En este link se encuentran relacionadas las reformas artículo por artículo.

3.3. La reforma del Título Primero, Capítulo I, “De los Derechos Humanos y sus Garantías” (DOF 1.06.2011), que modifica sustancialmente el orden constitucional mexicano, incluso con la denominación del Título mismo.

3.4. La prohibición de utilizar el trabajo de menores de 15 años con lo cual fue posible ratificar el Convenio 138, sobre la edad mínima para trabajar y uno de los 8 convenios fundamentales de la OIT (DOF 17.06.2014)⁶. Actualmente los 8 convenios se encuentran ratificados por México.

3.5. La modificación relativa a una nueva justicia laboral con la sustitución de las Juntas de Conciliación y Arbitraje dependientes del Poder Ejecutivo, por Tribunales Laborales dependientes del Poder Judicial (DOF 24-02-2017) y la creación del Centro Federal de Conciliación y registro Laboral⁷, organismo descentralizado, a nivel federal, dotado de autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión encargado de los registros de sindicatos y contratos colectivos a nivel nacional.

3.6. La judicialización de los órganos de resolución de conflictos laborales es de relevancia superlativa. Ocurre a cien años de la promulgación de la propia Constitución, en 2017. Los comentarios y reseña de esta nueva condición se harán más adelante en tanto que deben hacerse algunas precisiones, pero vale expresar que la reforma constitucional de mayor trascendencia en el sistema jurídico nacional sin duda corresponde a la de 2011 con el reconocimiento de los derechos humanos. Sin embargo, paralelo a ello, aun con una diferencia de 6 años, se registra la otra reforma constitucional en la justicia laboral. Hay congruencia, puesto que la defensa de los derechos humanos sociales y económicos, acoge a los derechos laborales como derechos humanos prestacionales que implica la garantía que el Estado debe ofrecer para que se ejerzan sin discriminación alguna⁸. Este principio de no discriminación se reconoce en el artículo 1º de la

⁶ En la normatividad de la OIT se cuentan 8 convenios fundamentales que contienen los principios de su Constitución. México ratificó tardíamente el C. 98 sobre la Aplicación de los principios del derecho a la sindicación y a la negociación colectiva (DOF 17.11.2019) y el C. 138 sobre la edad mínima para trabajar. Para esta última ratificación fue necesario reformar la fracción III del artículo 123 constitucional (DOF 17.06.2014).

⁷ <https://centrolaboral.gob.mx>.

⁸ Véase el PIDESC, al que ahora se adicionan los derechos ambientales.

CPEUM y se repite en la LFT como corolario del derecho de las personas a un trabajo digno y decente.

3.7. Con el cambio en la impartición de justicia social culmina una discusión prolongada por decenas de años entre los y las laboristas mexicanas cuyas opiniones y argumentos se mantuvieron divididos para que, por un lado, se continuara con las Juntas de Conciliación y Arbitraje, dependientes del Poder Ejecutivo, con la simpatía y seguridad que genera el tripartismo. Éste, sin duda favorable, durante su evolución se desvirtuó y fue motivo de severas críticas al señalar que los representantes de los sectores obrero y patronal ya no participaban en las resoluciones como era el propósito, o se ponían de acuerdo para resolver sin defender propiamente a sus representados. La función juzgadora queda o quedaba sujeta a quien representa al Estado. La naturaleza jurídica de las JCA fue también motivo de estudio y análisis; a las que se dudaba en considerar como tribunales de derecho o tribunales de equidad. Fueron muchas circunstancias las que impidieron el funcionamiento eficaz y eficiente de tales órganos, saturados por el exceso de conflictos que paulatinamente impidió la aplicación de la oralidad, la inmediatez y la celeridad. Con la injerencia de las autoridades se facilitaba el control en el derecho de huelga y por supuesto, la presumible corrupción hacía nugatorio dicho derecho. Hoy, con el cambio a tribunales laborales, unipersonales y dependientes del Poder Judicial, se pretende crear una base más sólida para resolver los conflictos con estricto apego a la justicia y a la equidad.

3.8. Ha sido un acierto la transición de los órganos jurisdiccionales en materia laboral y los efectos positivos habrán de apreciarse en los próximos años; ciertamente se han puesto las reglas del juego y tal vez requieran ajustes necesarios que la vigencia y la práctica irán generando, pero aun cuando no se trata de una varita mágica, parece que la transición no tuvo la coordinación necesaria y a la fecha no se ha culminado. Toda transformación se enfrenta a desafíos y según se puedan sortear se podrá hablar de triunfo o derrota. Tampoco se trata de una moneda al aire sino de una reforma consensuada y preparada que lamentablemente no culminó con la fecha en que se redactan estos comentarios⁹.

3.9. En tales condiciones se crea la carrera judicial en materia laboral. El proceso laboral queda en condición de única instancia, característica similar al anterior proceso laboral antes de la reforma que se

⁹ 29 de agosto de 2022.

comenta. Sin embargo, queda la poderosa defensa ante la inconformidad de una sentencia, mediante el juicio de amparo que, como se sabe, es un juicio que se sigue por cuerda separada conforme a la Ley de Amparo que puede modificar la sentencia o incluso dejarla sin efecto.

3.10. Las fracciones del artículo 123 constitucional modificadas para dar paso a la judicialización son las siguientes:

XVIII. *Las huelgas serán lícitas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital. En los servicios públicos será obligatorio para los trabajadores dar aviso, con diez días de anticipación, a los tribunales laborales, de la fecha señalada para la suspensión del trabajo. Las huelgas serán consideradas como ilícitas únicamente cuando la mayoría de los huelguistas ejerciera actos violentos contra las personas o las propiedades, o en caso de guerra, cuando aquéllos pertenezcan a los establecimientos y servicios que dependan del Gobierno.*

Cuando se trate de obtener la celebración de un contrato colectivo de trabajo se deberá acreditar que se cuenta con la representación de los trabajadores (Fracción reformada DOF 31-12-1938, 24-02-2017).

XX. *La resolución de las diferencias o los conflictos entre trabajadores y patrones estará a cargo de los tribunales laborales del Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas, cuyos integrantes serán designados atendiendo a lo dispuesto en los artículos 94, 97, 116 fracción III, y 122 Apartado A, fracción IV de esta Constitución, según corresponda, y deberán contar con capacidad y experiencia en materia laboral. Sus sentencias y resoluciones deberán observar los principios de legalidad, imparcialidad, transparencia, autonomía e independencia.*

Antes de acudir a los tribunales laborales, los trabajadores y patrones deberán asistir a la instancia conciliatoria

correspondiente. En el orden local, la función conciliatoria estará a cargo de los Centros de Conciliación, especializados e imparciales que se instituyan en las entidades federativas. Dichos centros tendrán personalidad jurídica y patrimonio propios. Contarán con plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. Se regirán por los principios de certeza, independencia, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y publicidad. Su integración y funcionamiento se determinará en las leyes locales.

La ley determinará el procedimiento que se deberá observar en la instancia conciliatoria. En todo caso, la etapa de conciliación consistirá en una sola audiencia obligatoria, con fecha y hora debidamente fijadas de manera expedita. Las subsecuentes audiencias de conciliación sólo se realizarán con el acuerdo de las partes en conflicto. La ley establecerá las reglas para que los convenios laborales adquieran condición de cosa juzgada, así como para su ejecución.

En el orden federal, la función conciliatoria estará a cargo de un organismo descentralizado. Al organismo descentralizado le corresponderá, además, el registro de todos los contratos colectivos de trabajo y las organizaciones sindicales, así como todos los procesos administrativos relacionados.

El organismo descentralizado a que se refiere el párrafo anterior contará con personalidad jurídica y patrimonio propios, plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. Se regirá por los principios de certeza, independencia, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y publicidad. Su integración y funcionamiento se determinará en la ley de la materia.

Para la designación del titular del organismo descentralizado a que se refiere el párrafo anterior, el

Ejecutivo Federal someterá una terna a consideración de la Cámara de Senadores, la cual previa comparecencia de las personas propuestas, realizará la designación correspondiente. La designación se hará por el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Cámara de Senadores presentes, dentro del improrrogable plazo de treinta días. Si la Cámara de Senadores no resolviere dentro de dicho plazo, ocupará el cargo aquél que, dentro de dicha terna, designe el Ejecutivo Federal.

En caso de que la Cámara de Senadores rechace la totalidad de la terna propuesta, el Ejecutivo Federal someterá una nueva, en los términos del párrafo anterior. Si esta segunda terna fuere rechazada, ocupará el cargo la persona que dentro de dicha terna designe el Ejecutivo Federal.

El nombramiento deberá recaer en una persona que tenga capacidad y experiencia en las materias de la competencia del organismo descentralizado; que no haya ocupado un cargo en algún partido político, ni haya sido candidato a ocupar un cargo público de elección popular en los tres años anteriores a la designación; y que goce de buena reputación y no haya sido condenado por delito doloso. Asimismo, deberá cumplir los requisitos que establezca la ley. Desempeñará su encargo por períodos de seis años y podrá ser reelecto por una sola ocasión. En caso de falta absoluta, el sustituto será nombrado para concluir el periodo respectivo. Sólo podrá ser removido por causa grave en los términos del Título IV de esta Constitución y no podrá tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquéllos en que actúen en representación del organismo y de los no remunerados en actividades docentes, científicas, culturales o de beneficencia (Fracción reformada DOF 24-02-2017).

4. REFORMAS LEGALES

La legislación laboral para el sector privado se concentra en la Ley Federal del Trabajo con sus Reglamentos Federales sobre la Inspección del Trabajo, Higiene y Seguridad y Medio Ambiente y el de los artículos 121 y 122 de la LFT, sobre el reparto de utilidades; así como Normas Obligatorias y Acuerdos. Este conjunto de disposiciones debe mantenerse actualizado para brindar la utilidad que se requiere y dar a personas empleadoras y trabajadoras la certeza del equilibrio y neutralidad entre ambas, que es una de las finalidades de la LFT, expresada en su artículo 2°.

Las últimas modificaciones a la legislación laboral han sido hechas tardíamente como ha sido la costumbre en este siglo XXI. De acuerdo a las nuevas y apremiantes condiciones que la realidad impone y que las autoridades no advierten en sus primeras manifestaciones o no actúan con la rapidez necesaria para adaptar las circunstancias legales a las sociales y económicas. A ello puede agregarse que la actitud legislativa no es lo más grave sino la adaptación e incorporación precipitada a la legislación no siempre acorde con las condiciones existentes y en ocasiones sin estudios profundos o de atención a experiencias en otros países mediante Derecho comparado y, por qué no decirlo, en ocasiones por presiones de orden político o conflictos partidistas se omiten actuaciones o se obstruyen iniciativas. Un ejemplo de ello fue el tema del teletrabajo, que en un principio se pretendió adaptar como «trabajo a domicilio», para posteriormente crear un título especial con fisonomía más apropiada, lo que ocurrió en 2021, cuando estaba en auge la pandemia del Coronavirus C-19, en que se incrementó el trabajo a distancia por obvias razones. El teletrabajo, como se sabe, era conocido desde mediados del s. XX y aplicado en Europa principalmente en los países nórdicos¹⁰.

El mismo ejemplo lo tenemos con el fenómeno de la tercerización conocido como *outsourcing*, regulada en nuestra ley como subcontratación, que tergiversada su funcionalidad se convirtió en un medio para defraudar al fisco y para engañar a los trabajadores sobre sus beneficios laborales para lucro de abogados que pronto se especializaron en transformar las relaciones laborales y de los empresarios que ahorraron en pagos de prestaciones económicas tales como reparto de utilidades, gratificaciones, impuestos y mucho más. Ante la reforma de 2012, sin resultados positivos, el actual

¹⁰ Actualmente la Secretaría del Trabajo y Previsión Social trabaja en la redacción de una Norma Oficial sobre teletrabajo, aun cuando parece que va demorada frente a los tantos conflictos que se dan en perjuicio de los operadores y repartidores.

titular del Poder ejecutivo optó por la forma más simple: prohibirla y darle otro enfoque¹¹.

Hoy en día el mundo laboral se enfrenta a la transformación plena de ejecución del trabajo, la robotización, la digitalización, técnicas de información, junto con la globalización, el cambio climático y otras poderosas razones de economía o bien circunstanciales como ocurrió con la reciente pandemia de C-19. En el caso de los llamados *riders*, en México conocidos como trabajadores de plataformas o repartidores y como los empleados en el transporte de personas o de objetos de una infinidad de artículos perecederos e impercederos; ha quedado ajeno a regulación no obstante la exigencia social de ofrecerles el cumplimiento de sus derechos laborales y los de seguridad social acaso ahora con mayor urgencia. En algunas modalidades se llegan a fijar condiciones de tiempo que hacen peligrar la salud y la vida de las y los empleados quienes, en su mayoría, por no decir, su totalidad, carecen de protección social. Las reformas que se han hecho en la LFT a partir de 2012 a la fecha, eran prácticamente obligadas por las reformas constitucionales tantas veces mencionadas sobre los derechos humanos en 2011. Dichas modificaciones se concentraron en varias materias que se referirán brevemente en los siguientes párrafos.

4.1. Uno de los temas se refiere al derecho a la igualdad que refuerza la no discriminación laboral en el artículo 2º LFT con la determinación de que el trabajo sea digno o decente, aun cuando el legislador utilizó la conjunción de separación «o» en lugar de la conjunción «y» en tanto que se trata dignidad y decencia como conceptos distintos, aunque en este caso el segundo es complementario del primero para efectos laborales.

4.2. En ese mismo tenor se hace alusión directa al tema de violencia laboral al conceptualizar el hostigamiento y el acoso sexual en las relaciones de trabajo. La violencia laboral se contempla y se prohíbe en todas sus modalidades y prácticamente atenta en contra de la dignidad como la decencia, aunque de nuevo vale criticar al legislador que distingue los conceptos de hostigamiento de manera general cuando hay una relación jerárquica respecto de la víctima y acoso sexual para todo caso de violencia con connotaciones de carácter sexual¹², como reza el art. 3º Bis LFT. Estas

¹¹ Artículo 11 a 15 LFT.

¹² Esta adición del art. 3º Bis corresponde a las reformas de 2012 a la LFT, como revisión sobre los derechos humanos reconocidos en la Constitución en 2011.

conductas incumplen la prohibición impuesta a los y las empleadoras del maltrato a las y los trabajadores que puede dar lugar a la rescisión de la relación laboral por parte de estos últimos, con responsabilidad para la parte empleadora. Además, puede contemplarse que, en caso de llegar a una demanda laboral, será difícil contrarrestarla en virtud del enfoque de género que hoy en día se ha convertido en un principio procesal y que permite reinvertir la carga de la prueba al presunto responsable de cualquier manifestación de maltrato. De esta manera se tutela el principio de la igualdad sustantiva de trabajadores y trabajadoras. Esta conceptualización resulta de gran valor en virtud del incremento en esas conductas muchas veces no delatadas o denunciadas que causan más perjuicio entre las trabajadoras que entre los hombres, con los riesgos y efectos de trabajo que se conocen y/o con la pérdida de su empleo¹³.

4.3. En el tema de la regulación de la subcontratación con la reforma también de 2012, después de una larga discusión entre los sectores de empleadores y de trabajadores, supuestamente se llegó a un acuerdo con las autoridades laborales que indujo la reforma a las disposiciones de la LFT con la adición de 5 artículos más¹⁴. Debe tomarse en cuenta que en 1988 ya se había reformado el mismo artículo 15 y que más tarde, en 2019 se derogaron los artículos 15 A a 15 D y se ordenó, a partir de su vigencia, la creación de un padrón de empresas que podrían trabajar bajo este sistema bajo una serie de requisitos que la misma disposición establece. En otras palabras, se anda y se desanda para llegar a una regulación diferente bajo la idea de que, en principio, la subcontratación debía prohibirse por los abusos cometidos en detrimento de los derechos de las y los trabajadores¹⁵.

4.4 En el renglón del trabajo infantil, era indispensable reformar la Constitución sobre la edad mínima en el trabajo aumentando ésta de 14 a 15 años, lo que permitió la urgente ratificación del C. 138 OIT, que no se había podido hacer precisamente por la contradicción constitucional sobre la edad y la norma convencional. Actualmente, al estar en vigor los dos convenios fundamentales, el 138 y el 182 sobre la prohibición de los peores trabajos para menores, la legislación mexicana protege el interés superior del niño y

¹³ En estas hipótesis resulta interesante la aplicación de la NOM sobre Riesgos Psicosociales que contempla los efectos de ansiedad, estrés, *burn out*, *trastornos de adaptación*, etc. (2021).

¹⁴ Artículos 15 A al 15 D.

¹⁵ *Supra*, nota núm. 5.

de la niña acorde con el art. 4º constitucional y la Convención Internacional de los Derechos de los Niños y las Niñas de la que México es parte.

4.5. Otro problema sin respuesta legal apropiada es la suspensión de las actividades laborales cuando se produce alguna contingencia sanitaria. Tras el paso de la epidemia del virus de la influenza A/H1N1 en 2009, las relaciones laborales en general tuvieron distintos tratos por parte de los empleadores. Hubo desconcierto ante la falta de disposiciones que previeran situaciones semejantes y ante la necesidad de que las autoridades tomaran determinaciones, además de las sanitarias propiamente dichas, debieron suspender actividades públicas con el cierre de comercios, escuelas y otros centros de trabajo con actividades no esenciales. En esas circunstancias algunos sectores de empleadores decidieron unilateralmente que el personal tomara vacaciones adelantadas o dejara de laborar a cuenta de las mismas; muchas otras relaciones de trabajo se dieron por terminadas sin pagos indemnizatorios y es probable que en muchos casos se haya aprovechado la pandemia para incumplir muchas otras obligaciones laborales por los empleadores. Estas situaciones imprevistas llevaron a la necesidad de proponer y hacer reformas a la LFT como ocurrió en 2012 para el caso de declarar alguna contingencia sanitaria.

Se agregó el artículo 42 bis para hacer referencia concreta de suspensión de trabajo en caso de una declaración de las autoridades sobre contingencia sanitaria y se impuso a los empleadores una nueva obligación en el campo de la salud para tomar las medidas que las autoridades sanitarias determinaran. Para ello se adicionó la fracción XIX bis al artículo 139 de la misma ley, que se refiere a «Las obligaciones de los patrones». De igual manera se determinaron medidas especiales de protección para las madres gestantes o lactantes durante períodos de contingencia sanitaria para suspender sus actividades sin suspensión de su salario; sin embargo, en el mismo artículo 168 se hace referencia a la aplicación de otra disposición de la misma ley, el artículo 429 fracción IV, en que se establece que frente a la suspensión general de actividades el empleador está obligado al pago indemnizatorio equivalente al salario mínimo general vigente, durante la suspensión ... *sin que pueda exceder de un mes*¹⁶.

Las contradicciones de las disposiciones sobre la suspensión de la relación laboral con motivo de contingencia sanitaria y su poca claridad genera un buen debate; sin embargo, no se omiten las reformas mencionadas

¹⁶ Reforma de 2019.

ante la tragedia de la pandemia de Covid-19, cuya prolongación rebasa en mucho los efectos de la anterior pandemia del H1NI cuya duración fue de marzo a septiembre de 2009.

Con estos comentarios a la LFT se cierra el tema sobre las reformas legales, lo cual no indica que se hayan agotado los cuestionamientos, sino que el espacio en esta breve monografía no permite ampliar el contenido.

5. LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS ÓRGANOS JUZGADORES EN MATERIA LABORAL

La última parte de este ensayo se refiere a temas de orden colectivo, resolución de conflictos laborales y la judicialización en la impartición de justicia. A continuación, de manera breve y en ese orden se hacen breve referencia.

5.1. La LFT como reglamentaria del artículo 123 apartado A, despliega la nueva normatividad antes citada¹⁷ y las Juntas de Conciliación y Arbitraje —tripartitas— se sustituyen por tribunales laborales —unipersonales—¹⁸. La reforma consiste esencialmente en el cambio de órganos para resolver los conflictos laborales, uno de ellos dentro del marco de la administración pública descentralizada dependiente del Poder Ejecutivo, al crear órganos, a nivel federal y estatal, para ejercer la función conciliatoria y cumplir con el registro de las organizaciones sindicales y de los contratos colectivos. Este órgano es el Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral (CFCRL) cuyo titular deberá designarse, a nivel federal, por el Senado de una terna que enviará el Titular del Poder Ejecutivo, y a nivel estatal será el Congreso de cada entidad quien haga las designaciones de acuerdo a su legislación. En todos los casos, el responsable deberá cubrir requisitos, entre ellos tener conocimientos y experiencia en temas laborales, no haber sido candidato a puesto alguno de elección popular y no haber tenido cargo alguno en un partido político en los últimos tres años antes de

¹⁷ Cfr. número 1.1.5.

¹⁸ Lo que implica diseñar una estrategia toda vez que los asuntos que se ventilan no pueden continuarse por normas posteriores y existen otras entidades que aún no realizan dicha migración.

la designación, no haber cometido delito doloso y gozar de buena reputación¹⁹.

Ante la dificultad de tratar las particularidades de cada uno de los 32 estados, las referencias que ahora se exponen son exclusivas del ámbito federal. El organismo descentralizado de referencia queda también encargado del registro de los sindicatos y de los contratos colectivos de trabajo. Esta función federal se replica a nivel local, con las modificaciones que cada estado tiene la facultad de establecer de acuerdo a las precisiones constitucionales, lo que ha permitido que algunos de los estados hayan reformado sus constituciones locales para tales efectos, siempre dentro del marco del artículo 123 de la Constitución federal.

5.2. La conciliación se conserva como medio alternativo de solución de conflictos, pero a diferencia del procedimiento anterior, ahora abrogado, la audiencia conciliatoria se desahogaba ante las propias JCA dentro del proceso a través de una única audiencia de conciliación, demanda y excepciones. Hoy, con la reforma que nos ocupa, el intento conciliatorio es un trámite obligatorio que se desahoga ante el CFCRL. Se trata de una parte independiente del procedimiento judicial, es decir, es una gestión prejudicial de orden administrativo por la naturaleza misma de ese órgano cuya autoridad convertirá la negociación conciliatoria en un convenio con carácter de cosa juzgada. Esta etapa es un requisito prejudicial obligatorio por lo que hasta no desahogarse, cualquiera que sea su resultado, éxito o fracaso del intento de conciliación, la parte actora no podrá acudir ante los tribunales de trabajo a presentar la demanda que corresponda. Nada se establece respecto a la mediación que es una figura de mucho alcance en materia civil y mercantil pero un tanto despreciada en el ámbito laboral.

5.3. El CFCRL funciona en los términos de su Ley Orgánica²⁰; de acuerdo con la cual, contará con personalidad jurídica y patrimonio propios, plena autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión que se rige bajo los principios de certeza, independencia, legalidad, imparcialidad, confiabilidad, eficacia, objetividad, profesionalismo,

¹⁹ El Centro Federal, como se le denominará en este trabajo funciona de acuerdo a su Ley Orgánica publicada en el DOF 06.12.2020 En cuanto a la reputación, hoy en día queda más difícil probarla o rescatarla en tanto que las redes sociales se esparcen como plumas en el aire, sin ningún sustento, sobre todo por la condición anónima que prevalece en los autores y la falta de una protección integral de datos personales lo que facilita el desprestigio infundado de una persona.

²⁰ *Supra*, nota núm. 19.

transparencia y publicidad. Respecto a los procedimientos prejudiciales o dentro del proceso contencioso, se ha incorporado la modernización con la utilización de herramientas y técnicas de comunicación digitales tales como la designación de correo electrónico para recibir y oír notificaciones, lo que sin duda abonará a la celeridad de los juicios.

5.4. Este sistema tal vez es una importación del sistema argentino para la resolución de diferencias o conflictos laborales, es un estreno para la justicia laboral en México. Los nuevos tribunales laborales dependientes del Poder Judicial se integran con jueces designados conforme a lo dispuesto en los artículos 94, 97, 116 fracción III y 122 A, fracción IV, de la Constitución, que se refieren esencialmente a dichos nombramientos y estipulan los requisitos que los funcionarios de dichos órganos jurisdiccionales deben cumplir, toda vez que ya quedan incorporados en la carrera judicial. En la designación de los jueces y juezas del trabajo se habrá de tomar en cuenta que hayan prestado ... *servicios con eficiencia y probidad; competencia y antecedentes en otras ramas jurídicas*. Los aspirantes a dichos cargos habrán de registrarse en los términos que determinen las convocatorias abiertas que para tales efectos se publiquen y habrán de comparecer ante los órganos que los designarán. La permanencia del cargo es por 6 años con la posibilidad de repetir por un solo periodo más.

5.5. La competencia de los nuevos tribunales federales se determina en la fracción XXXI del artículo 123 Constitucional apartado «A», que obedece a ramas industriales y empresas determinadas, en los términos del texto derogado por la reforma y se adiciona un inciso para establecer como jurisdicción federal las materias que se transcriben enseguida:

c) *Materias:*

1. *El registro de todos los contratos colectivos de trabajo y las organizaciones sindicales, así como todos los procesos administrativos relacionados;*

2. *La aplicación de las disposiciones de trabajo en los asuntos relativos a conflictos que afecten a dos o más entidades federativas;*

3. *Contratos colectivos que hayan sido declarados obligatorios en más de una entidad federativa;*

4. *Obligaciones patronales en materia educativa, en los términos de ley, y*

5. *Obligaciones de los patrones en materia de capacitación y adiestramiento de sus trabajadores, así como de seguridad e higiene en los centros de trabajo, para lo cual, las autoridades federales contarán con el auxilio de las estatales, cuando se trate de ramas o actividades de jurisdicción local, en los términos de la ley correspondiente.*

5.6. A la fecha, en agosto de 2022, no se ha concluido con la instalación de todos los tribunales de trabajo como lo ordenan los artículos transitorios; hay una demora, como se prueba en la propia ciudad de México, en donde las JCA continúan impartiendo justicia, de forma tal que ha habido un prolongado período de convivencia entre órganos jurisdiccionales dependientes del Poder Ejecutivo y de los nuevos tribunales laborales. Esta es la etapa en que se encuentra ahora la transición para la judicialización de la justicia en materia laboral. Desde 2017, en que se aprobó la reforma constitucional, han transcurrido cinco años y el plazo de adaptación termina, después de prórrogas, en octubre de 2022. Por otro lado, la transición se ha cuidado con la capacitación y designación no solo de los juzgadores de trabajo sino también de otros funcionarios como son los secretarios instructores, con la participación del Consejo de la Judicatura y por supuesto de la Suprema Corte de Justicia.

6. PARTICIPACIÓN CERTIFICADA DE LOS TRABAJADORES

Las reformas que ahora se reseñan tuvieron igualmente la finalidad de dar certeza de la participación de los trabajadores en la organización y conformación de las organizaciones sindicales así como en la toma de decisiones para celebrar contratos colectivos —o contratos-ley— y para ejercer el derecho de huelga²¹. De ahí que el registro de los sindicatos y de los convenios colectivos deban controlarse por el CFCRL, que deberá expedir la constancia de participación. El padrón de los sindicatos es

²¹ Art. 123 fracción XVIII

público y se conforma con los nombres y apellidos de los trabajadores pertenecientes a dichas organizaciones. En este sentido se genera un problema de contradicción de normas pues si bien se trata de una obligación establecida en una ley federal como lo es la LFT, otra ley federal, la Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares (LFPDPPP), establece que la afiliación sindical es un dato personal sensible²², violación a esta norma acarrea sanciones que impone el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, más conocido por sus siglas, INAI. Si un sindicato no entrega los nombres de sus afiliados estará contraviniendo la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública en su artículo 78²³ y la propia LFT.

Las medidas de publicidad en estas áreas de Derecho colectivo son entendibles cuando se analiza el contexto próximo pasado con la proliferación de sindicatos blancos y contratos colectivos de protección, así llamados por ser un mal tejemaneje al formar sindicatos espurios con el mínimo de trabajadores que exige la ley para su registro, con la complicidad o anuencia de los empleadores con quienes se celebraban contratos colectivos a los cuales debían adherirse los trabajadores de nuevo ingreso. En muchas ocasiones el contenido de dichos contratos colectivos solo era una repetición de las normas mínimas que la LFT dispone, por lo que estas maniobras legales, o más bien ilegales, se pueden equiparar a un fraude laboral.

Hay otra razón que se maneja para justificar la publicidad de la afiliación sindical y es el dar fin al voto secreto en las elecciones de las organizaciones que se presta a condiciones antidemocráticas. No obstante, la validez de las razones, la secrecía de la afiliación sindical debe defenderse para evitar la discriminación en el entorno laboral y la presión sobre las

²² **Artículo 3.-** Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

VI. ... En particular, se consideran sensibles aquellos que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud presente y futuro, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, **afiliación sindical**, opiniones políticas, preferencia sexual.

²³ **Artículo 78.-** Las autoridades administrativas y jurisdiccionales en materia laboral deberán poner a disposición del público y mantener actualizada y accesible, la siguiente información de los sindicatos: **I.** Los documentos del registro de los sindicatos, que deberán contener, entre otros: ...

f) Número de socios;

...

personas trabajadoras. Para todo ello solo queda el camino de la ética para autoridades, empleadores y dirigentes sindicales.

CONCLUSIONES

La reforma constitucional más importante en materia de resolución de conflictos laborales no puede fracasar. Urge dar celeridad en la justicia social. Se podría entender que la pandemia ha sido un obstáculo para la transición de las JCA a la judicialización, lo que no se descarta, pero ha habido otros motivos y entre ellos la financiación tiene un papel destacado, prueba de ello son las aportaciones de los gobiernos canadiense y estadounidense, como socios interesados en que el T-MEC funcione exitosamente, impulsan la reforma laboral. Sin duda alguna puede afirmarse que el gobierno de los Estados Unidos está teniendo injerencia en los movimientos sindicales en áreas importantes, lo cual no deja de ser riesgoso cuando el gobierno federal mexicano ha tomado actitudes intransigentes en algunos puntos del Tratado respecto del área de hidrocarburos, sin atender las quejas que se han presentado por las contrapartes, el panorama laboral en el país puede ser impactado de manera negativa.

Por otra parte, debe reconocerse que la implementación reformativa no es del todo eficiente y que las reformas que se introdujeron a la propia LFT de nuevo resultan, en algunas partes, remiendos mal confeccionados. Es relevante la cantidad de principios que se incluyen, algunos repetidos, en que se piensa más en un catálogo de buenas intenciones. Lo preocupante es la clase trabajadora que tal vez no reciba, por lo pronto, los beneficios que se esperaban en el ámbito colectivo. También hay que reconocer que priorizar la conciliación es una medida excelente y que omitir la mediación es un error.

BIBLIOGRAFIA REFORMA LABORAL

— Aguilar Morales, L. M., Coello Cetina, R., Avalos Díaz, S. V., Cepeda Anaya, M. A., Corte Heredero, N., Dávila Rangel, J. M., De León Cruz, J. D., Landa Razo, H., Mariscal Rojas, M. U., Marquet González, H. M., Marquet Guerrero, P., Montalvo Martínez, J. A., Ojeda Romo, J. D., Regis

López, G., & Ruiz Matías, A. M. (2019). Reforma constitucional en materia de justicia laboral. Tirant lo Blanch.

— Aguilar Morales, Luis María, prologuista; Díaz Romero, Juan; Coello Cetina, Rafael; Avalos Díaz, Sofía Verónica; Cepeda Anaya, Marco Antonio; Corte Heredero, María Nieves; Dávila Rangel, Juan Marcos; et al. (2018). Reforma Constitucional en Materia de Justicia Laboral. Homenajes y Congresos. Tirant lo Blanch. <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat02025a&AN=lib.MX001002113547&lang=es&site=eds-live>.

— Avante Juárez, Rafael Adrián (2017). Reforma Laboral. Colección Administración Pública. Serie Reformas Estructurales. Fondo de Cultura Económica. <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat02025a&AN=lib.MX001001983451&lang=es&site=eds-live>.

— Cervantes Nieto, Héctor. Análisis y Comentarios a la Reforma Laboral. Primera edición. Ediciones Fiscales ISEF, 2019. <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat02025a&AN=lib.MX001002076518&lang=es&site=eds-live>.

— González Salas, J. F. F. (2018). La reforma constitucional en materia de justicia laboral (Primera edición). Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Contaduría y Administración.

— Jiménez Moles, María del Rosario (2020). La reforma laboral de 2019 a debate, Tirant lo Blanch.

— Mercader Uguina, Jesús R. (2020). “Una Reforma Laboral Para El Empleo: Diagnósticos, Objetivos E Ideas.” Teoría & Derecho, no. 13. <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsdoj&AN=edsdoj.f69089c4ff249d6b9b0ea42a2e793d3&lang=es&site=eds-live>.

— Molina Martínez Sergio Javier (2021). El nuevo sistema de justicia laboral en México. Porrúa. México.

— Monereo Pérez, José Luis (2020). “Crisis Económica y Reforma Laboral en la Larga Duración Histórica”. Teoría & Derecho, No. 13 (May 1, 2020).

<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsdoj&AN=edsdoj.f38aac9c2c1447ce8968eb6504716045&lang=es&site=eds-live>.

— Murillo-Villanueva, Brenda, Carbajal Suárez, Yolanda, y Almonte, Leobardo de Jesús (2021). “Desigualdad Salarial En Los Subsectores Manufactureros En México, 2007-2018. (Spanish)”. *Ensayos - Revista de Economía* 40, No. 1. 29–54. <https://doi.org/10.29105/ensayos40.1-2>.

— Sala Franco, Tomás (2020). “El Impacto De La Reforma Laboral En El Empleo Público.” *Teoría & Derecho*, No. 13 (May 1, 2020). <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsdoj&AN=edsdoj.4e7592a9d2ff4937acab955f4f94ed8d&lang=es&site=eds-live>.

— Uribarri, Gonzalo (2021). *Derecho del trabajo mexicano para el siglo XXI*. Tirant lo Blanch. México.

— Zamarripa, Chevez Ruiz, & Rendón, Ricardo (2021). *Reforma laboral y fiscal en México: Implicaciones colaterales en PT*. *International Tax Review*, N.PAG.

— Zamarripa, Chevez Ruiz, y Rendón, Ricardo (2021). *International Tax Review*. 7/19/2021, pN.PAG-N.PAG. 1p. 1 Chart., Base de datos: Business Source Ultimate.

— Zavala Gamboa, Oscar, y Kurczyn Villalobos, Patricia (2018). *A Cinco Años de La Reforma Laboral: Efectos, Perspectivas y Retos: Homenaje a Nestor de Buen Lozano. Homenajes y Congresos*. Tirant lo Blanch. <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat02025a&AN=lib.MX001002113973&lang=es&site=eds-live>.

**ERRORES DE TRADUCCIÓN JURÍDICA, EN ASUNTOS
LABORALES O DE SEGURIDAD SOCIAL, COMETIDOS POR LOS
PODERES PÚBLICOS***

[*MISTAKES OF LEGAL TRANSLATION, IN LABOR OR SOCIAL
SECURITY ISSUES, MADE BY PUBLIC POWERS*]

Jesús Martínez Girón

Fecha de recepción: 31 de marzo de 2022

Fecha de aceptación: 12 de abril de 2022

Sumario: I. PLANTEAMIENTO.- II. ERRORES DE TRADUCCIÓN JURÍDICA COMETIDOS POR JUECES NACIONALES.- III. ERRORES DE TRADUCCCIÓN JURÍDICA COMETIDOS POR EJECUTIVOS Y LEGISLATIVOS NACIONALES.- IV. ERRORES DE TRADUCCIÓN JURÍDICA COMETIDOS POR LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA.- V. EPÍLOGO. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

Contents: I. PLAN.- MISTAKES OF LEGAL TRANSLATION MADE BY NATIONAL COURTS.- III. MISTAKES OF LEGAL TRANSLATION MADE BY NATIONAL GOVERNMENTS AND PARLIAMENTS.- IV. MISTAKES OF LEGAL TRANSLATION MADE BY THE INSTITUTIONS OF THE EUROPEAN UNION.- V. EPILOGUE.- CITED BIBLIOGRAPHY.

Resumen: Sobre la base de que cometer errores al traducir es una ley de cumplimiento inexorable (como la ley de la gravedad), este trabajo analiza errores de traducción jurídica imputables a los poderes públicos nacionales (legislativo, ejecutivo y judicial), así como a las instituciones de la Unión Europea, en asuntos laborales o de seguridad social.

Abstract: On the basis that making mistakes in translating is a law of inexorable compliance (similar to the law of gravity), this work analyzes the mistakes of legal translation attributable to

* Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación estatal PID2019-108189GB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

national public powers (government, parliament, judiciary), as well as to the institutions of the European Union, in labor or social security issues.

Palabras clave: Derecho comparado, Errores, Poderes públicos, Traducción jurídica, Unión Europea

Keywords: *Comparative Law, European Union, Mistakes, Legal translation, Public powers*

* * *

I. PLANTEAMIENTO

La ciencia de la traducción jurídica, que es auxiliar de la del Derecho comparado¹, se orienta a gestionar el riesgo del error de traducción jurídica, minimizándolo, pero sin llegar a pretender en absoluto la erradicación del mismo² (en mi opinión, también resultaría ilusorio erradicar el prejuicio de que las cosas son jurídicamente muy parecidas e, incluso, idénticas en todas partes del mundo, actuando este prejuicio en tantas y tantas ocasiones como puente de unión entre el riesgo del error de traducción jurídica y el sinistro de acabar cometiéndolo)³. Por eso, el tradicional y malévolos proverbio «*traduttore, traditore*» —si aplicado a lo jurídico— necesariamente tiene que significar⁴, de un lado, que la traducción jurídica perfecta no existe, aunque pueda haberlas, eso sí, muy difícilmente perfectibles; y de otro lado, que ningún traductor jurídico, incluido el iuscomparatista, está a cubierto de poder cometer errores de traducción jurídica. Sobre esta segunda faceta pretendo hacer hincapié en este escrito, partiendo de que el elenco de posibles traductores jurídicos (y consecuentemente, de posibles errores de traducción cometidos por los mismos), mencionado en el artículo 144 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, es un elenco incompleto. En efecto, dicho precepto crucial —construido sobre la idea de traducción de documentos— sólo distingue dos hipótesis genéricas, que son la de la traducción «hecha privadamente» y la de la «traducción oficial», lo que obligaría a concluir sobre la existencia de sólo dos tipos genéricos de posibles traductores (esto es, los traductores privados y los traductores oficiales o traductores jurados, que podrían llegar a cometer, respectivamente, errores privados de

¹ Véase GEEROMS, Sofie M.F., «Comparative Law and legal translation: Why the terms cassation, revision and appeal should not be translated ...», *American Journal of Comparative Law*, núm. 50 (2002), págs. 201 y ss.

² En este mismo sentido, véase SZANTOVA GIORDANO, Stella, «It's all Greek to me: Are attorneys who engage in or procure legal translation for their clients at risk of committing an ethical violation?», *Quinnipiac Law Review*, núm. 31 (2013), pág. 448.

³ Una Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 junio 1998 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 1998/3752) refleja a la perfección ese tipo de prejuicios, al considerar inconcebible que la decadente, y totalmente hispánica, figura del «procurador de los tribunales» no exista en otros países, lo que le llevó —por la vía de la corrección de oficio de una traducción— a cometer un evidente error de traducción jurídica.

⁴ Sosteniendo que resultaría absurdo interpretarlo en el sentido de que imposibilite toda traducción, véase KAHANER, Steven M., «Legal translation today: Toward a healthier state of reality», *International Law Practicum*, núm. 19 (2006), pág. 80.

traducción jurídica⁵ y errores oficiales o jurados de traducción jurídica⁶). Ahora bien, como comprobaremos, existe un «*tertium genus*» preterido por dicho precepto, que es el de la traducción «pública», caracterizada por el hecho de que su autoría haya que imputarla precisamente a una autoridad investida de poder público (por ejemplo, jueces, gobiernos o parlamentos), no cabiendo más remedio que concluir que los errores de traducción jurídica eventualmente cometidos por este tipo de autoridades tendrían que ser calificados necesariamente como errores «públicos» de traducción jurídica.

II. ERRORES DE TRADUCCIÓN JURÍDICA COMETIDOS POR JUECES NACIONALES

Un error de traducción jurídica de libro, cometido en su día por el Tribunal Central de Trabajo, aparece registrado en una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 6 julio 1990⁷, resolutoria de demanda reclamando la indemnización de los daños y perjuicios causados precisamente por dicho error judicial⁸, de la que fue ponente el magistrado y catedrático Antonio MARTÍN VALVERDE. El error de traducción jurídica aquí cometido se refería a la fecha de una operación quirúrgica a la que la reclamante se había sometido en los Estados Unidos, y que ella misma describía del modo siguiente: «la referida sentencia del Tribunal Central de Trabajo incurre en “error craso” en la apreciación de la fecha de tal intervención quirúrgica (7-3-81) según la convicción del Tribunal —cuando en realidad el día de la operación fue el 3-7-84—»⁹, debiéndose este error «a ignorancia de la “secuencia normal para indicar las fechas en la documentación mercantil norteamericana”, que sigue el orden mes-día-año en lugar del orden día-mes-año convencionalmente establecido en

⁵ Poniendo de relieve que la reproducción o copia de un error privado de traducción puede ser indicio de plagio, véase Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 junio 2005 (*Aranzadi Westlaw*, referencia AC 2006/1174).

⁶ Registrando errores de traducción en dos traducciones juradas, véase Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 8 marzo 1998 (*Aranzadi Westlaw*, referencia RJCA 1998/679).

⁷ *Aranzadi Westlaw*, referencia RJ 1990/6062.

⁸ Sobre este último tema, véase ACOSTA GALLO, Pablo, *La responsabilidad del Estado-juez. Error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de justicia*, RDU (Madrid, 2005), págs. 17 y ss.; y MALEM SEÑA, Jorge F., *El error judicial y la formación de los jueces*, Gedisa (Barcelona, 2008), págs. 22 y ss.

⁹ Cfr. Fundamento de Derecho primero, párrafo primero.

España»¹⁰, apuntalando «la equivocación del juzgador en la interpretación de los guarismos que figuran en las facturas e informes de la clínica en que se practicó la operación»¹¹, entre otros documentos, «un informe del Consejero Comercial de la Embajada de los Estados Unidos de América, con fecha 12 de noviembre de 1989, en el que se indica que los escritos procedentes de dicho país en los que figuran fechas cifradas, deben ser interpretados atribuyendo la primera cifra al mes, la segunda al día y la tercera al año»¹². Ahora bien, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo rechazó la reclamación de daños y perjuicios planteada, a pesar de concordar con «la afirmación de la parte demandante de que la sentencia impugnada incurrió en error, y así lo debemos reconocer de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal»¹³. Ello se debía a que el error de traducción cometido por el Tribunal Central de Trabajo «no cumple los requisitos del error indemnizable que se deducen ... de la Ley Orgánica del Poder Judicial»¹⁴. De un lado, porque «en el presente supuesto es claro que el comportamiento procesal de la parte, que no cumplió con el requisito ... de acompañar una traducción de los documentos presentados en lengua extranjera, ha contribuido decisivamente a la equivocación del juzgador»¹⁵; y de otro lado, porque «el error padecido por el Tribunal Central de Trabajo ... no puede decirse tampoco que sea un error ostensible o patente»¹⁶, pues «en verdad, hoy por hoy, no cabe estimar hecho notorio en España el orden de lectura en las representaciones numéricas de las fechas que se practican en los Estados Unidos de América»¹⁷.

III. ERRORES DE TRADUCCIÓN JURÍDICA COMETIDOS POR EJECUTIVOS Y LEGISLATIVOS NACIONALES

Como se sabe, el alemán no es ni lengua oficial (a diferencia del inglés y el francés) ni tampoco lengua de trabajo (a diferencia del

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ *Ibidem.*

¹² *Ibidem*, párrafo segundo.

¹³ Cfr. Fundamento de Derecho tercero, párrafo primero.

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem*, párrafo segundo.

¹⁶ *Ibidem*, párrafo tercero.

¹⁷ *Ibidem.*

castellano) de la OIT¹⁸, lo que explica que la ratificación por Alemania de un Convenio de la OIT requiera la traducción del mismo a la lengua alemana (desde las versiones auténticas, en inglés y en francés), con el consiguiente riesgo de que puedan llegar a producirse errores de traducción jurídica. Es un supuesto de hecho registrado, en ocasiones, por la jurisprudencia laboral y de seguridad social alemana¹⁹, pareciéndome especialmente significativo el enjuiciado por una Sentencia de la Sala 9ª del Tribunal Federal de Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*) de 7 diciembre 1993²⁰, relativo a lo siguiente: 1) Alemania había ratificado el Convenio núm. 132 de 1970 de la OIT, sobre vacaciones pagadas, publicando en el Boletín Oficial Federal (*Bundesgesetzblatt*), a triple columna, las versiones inglesa, francesa y alemana del mismo²¹; 2) en las actas parlamentarias sobre la ratificación, figuraba una «carta» del Canciller Sr. Willy BRANDT dirigida a la Cámara Baja alemana (*Bundestag*), afirmando que el texto en alemán del Convenio «ha sido fijado conjuntamente por los Estados miembros de la Organización Internacional del Trabajo de habla alemana»²²; y 3) existían discordancias entre las versiones auténticas inglesa y francesa, de un lado, y la versión no auténtica (aunque «pública») alemana, del otro lado, a propósito de la traducción del apartado 1 del artículo 9 del Convenio. Pues bien, como era lógico, el Tribunal Federal de Trabajo no dudó a la hora de resolver dicha antinomia provocada por un error de traducción, haciendo prevalecer las versiones auténticas sobre la versión no-auténtica alemana, pues —según él— «de la utilización de la palabra “para” [en la versión alemana] no pueden derivarse consecuencias jurídicas, porque el tenor francés e inglés del artículo 9, apartado 1, del Convenio, decisivo en virtud del artículo 24 del Convenio, no utiliza las palabras “pour” y “for”»²³.

¹⁸ Respecto de todo ello, véase artículo 24 (rotulado «Idiomas») del Reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo, accesible a través del sitio en Internet de la OIT, ubicado en www.ilo.org.

¹⁹ Véase MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto, «La presencia de los Convenios de la OIT en la jurisprudencia alemana», *Trabajo y Derecho*, núm. 9 (2019), págs. 1 y ss.

²⁰ Referencia oficial 9 AZR 683/92.

²¹ La Ley en cuestión, de 30 abril 1975, apareció publicada en el Boletín Oficial Federal núm. 32 de 1975, parte II, págs. 745 y ss. Este Boletín resulta gratuitamente accesible a través de su sitio en Internet, ubicado en <https://www.bgb.de>.

²² Véanse Actas de la Cámara Baja núm. VI/2639, de 30 septiembre 1971. Textualmente, «*ist von den deutschsprachigen Mitgliedstaaten der Internationalen Arbeitsorganisation gemeinsam festgelegt worden*».

²³ Cfr. marginal 25. Textualmente, «*können aus der Verwendung des Wortes “für” rechtliche Folgen nicht abgeleitet werden, weil der gemäß Art. 24 des Übereinkommens* ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 175-183

IV. ERRORES DE TRADUCCIÓN JURÍDICA COMETIDOS POR LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA

Evidentemente, también pueden llegar a producirse antinomias entre versiones lingüísticas auténticas de un mismo texto normativo, habiendo tenido que encarar la solución de este problema una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 octubre 2015²⁴, a propósito de un asunto de seguridad social de los funcionarios empleados por las instituciones de la propia Unión Europea²⁵. Según esta Sentencia, la antinomia se refería al tenor del artículo 85bis, apartado 1, del Estatuto de los Funcionarios, pues «si la versión en lengua alemana hace expresamente referencia al concepto de culpa al utilizar los términos “auf das Verschulden eines Dritten”, la versión en lengua inglesa utiliza los términos más neutros “caused by a third party” (“causado por un tercero”)»²⁶, resultando que «otras versiones lingüísticas, tales como las versiones en lengua española (“imputable a un tercero”), francesa (“imputable à un tiers”), italiana (“imputabile a un terzo”), neerlandesa (“aan een derde is te wijten”) y portuguesa (“imputável a um terceiro”), hacen referencia al concepto de imputabilidad sin evocar la noción de culpa»²⁷. Lógicamente, el Tribunal de Justicia descartó la posibilidad de utilizar una sola versión lingüística («la formulación utilizada en una de las versiones lingüísticas de una disposición del Derecho de la Unión no puede constituir la única base para la interpretación de dicha disposición ni se le puede reconocer carácter prioritario frente a otras versiones lingüísticas») ²⁸. En vez de ello, había que efectuar una interpretación integradora («las disposiciones del Derecho de la Unión deben, en efecto, interpretarse y aplicarse de manera uniforme, a la luz de las versiones existentes en todas las lenguas de la Unión») ²⁹, de manera que «en caso de divergencia entre las distintas versiones lingüísticas

maßgebende französische und englische Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 des Übereinkommens die Worte “pour” und “for” nicht verwendet».

²⁴ Asunto C-494/14.

²⁵ Comentándola, véase VIZCAÍNO RAMOS, Iván, *El impacto de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar sobre el régimen del accidente de trabajo in itinere*, Atelier (Barcelona, 2021), págs. 95 y ss.

²⁶ Cfr. marginal 30, inciso primero.

²⁷ *Ibidem*, inciso segundo.

²⁸ Cfr. marginal 31, inciso primero.

²⁹ *Ibidem*, inciso segundo.

de una disposición del Derecho de la Unión, la norma de que se trate deberá interpretarse en función de la concepción general y de la finalidad de la normativa en que se integra»³⁰. Y de ahí —por aplicación de dichas reglas— que concluyese que «habida cuenta de la finalidad de la subrogación prevista en el artículo 85 bis del Estatuto, el concepto de “tercero responsable” [del accidente] debe ser objeto de interpretación amplia y no puede circunscribirse exclusivamente a la responsabilidad por culpa»³¹.

V. EPÍLOGO

El iuscomparatista académico, obligado a tener que traducir por su cuenta fuentes jurídicas extranjeras (doctrinales, jurisprudenciales, legales), queda siempre expuesto a cometer errores de traducción jurídica, que habría que calificar en su concreto caso, por aplicación de la tipología a que antes me referí, de errores de traducción «privados». Ahora bien, no puede olvidarse que se trata de errores cometidos en el contexto de traducciones «académicas», lo que —en mi opinión— obliga al propio iuscomparatista a tener que ajustarse a una pauta metodológica de idéntica naturaleza y muy sencilla, que abra a la crítica científica la concreta traducción por él realizada, con sus aciertos y sus eventuales errores (se supone, que estos últimos cometidos inadvertidamente). Dicha pauta metodológica académica es la de acompañar a la traducción (o «texto meta» o de llegada) el concreto texto jurídico traducido (o «texto fuente» o de partida)³², bien en su integridad, bien en porciones selectas y especialmente comprometidas del mismo (pudiendo efectuarse el acompañamiento, a su vez, bien en el texto del trabajo en que se inserta la traducción, bien en nota a pie de página del mismo). Se avisaría así al lector de que no se descartan eventuales errores cometidos al traducir, animándole incluso a reflexionar críticamente sobre la traducción en cuestión e, incluso, a arriesgarse a realizar la suya propia (y supuestamente, mejorada). Al mediar este tipo de aviso sobre la posibilidad de realizar cotejos, entraría en juego el aforismo «quien avisa no es traidor»,

³⁰ *Ibidem*, inciso tercero.

³¹ Cfr. marginal 35.

³² Hablando más genéricamente de «cultura» de partida y de llegada, véase GONZÁLEZ VALLEJO, Rubén, «Decálogo de técnicas de traducción jurídica», *Skopos*, núm. 11 (2020), págs. 255 y ss.

neutralizando en parte el malévolo «*traduttore, traditore*» (esto es, «todo traductor es un traidor»), a que antes hice referencia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

—ACOSTA GALLO, Pablo, *La responsabilidad del Estado-juez. Error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de justicia*, RDU (Madrid, 2005).

—GEEROMS, Sofie M.F., «Comparative Law and legal translation: Why the terms cassation, revision and appeal should not be translated ...», *American Journal of Comparative Law*, núm. 50 (2002).

—GONZÁLEZ VALLEJO, Rubén, «Decálogo de técnicas de traducción jurídica», *Skopos*, núm. 11 (2020).

—KAHANER, Steven M., «Legal translation today: Toward a healthier state of reality», *International Law Practicum*, núm. 19 (2006).

—MALEM SEÑA, Jorge F., *El error judicial y la formación de los jueces*, Gedisa (Barcelona, 2008).

—MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto, «La presencia de los Convenios de la OIT en la jurisprudencia alemana», *Trabajo y Derecho*, núm. 9 (2019).

—SZANTOVA GIORDANO, Stella, «It's all Greek to me: Are attorneys who engage in or procure legal translation for their clients at risk of committing an ethical violation?», *Quinnipiac Law Review*, núm. 31 (2013).

—VIZCAÍNO RAMOS, Iván, *El impacto de la conciliación de la vida personal, laboral y familiar sobre el régimen del accidente de trabajo in itinere*, Atelier (Barcelona, 2021).

**RENÉ DAVID: EL ENFOQUE CLÁSICO EN LA CONSTRUCCIÓN
DEL DERECHO COMPARADO Y DEL MÉTODO
COMPARATISTA**

[RENÉ DAVID: THE CLASSICAL APPROACH TO THE CONSTRUCTION
OF COMPARATIVE LAW AND COMPARATIVE METHOD]

José Luis Monereo Pérez

Fecha de recepción: 14 de septiembre de 2022

Fecha de aceptación: 21 de septiembre de 2022

“El Derecho comparado tiene una función preponderante que desempeñar en la ciencia del Derecho. Aspira en efecto, en primer término, a instruir juristas sobre la función y significación del Derecho, aprovechando con ese propósito la experiencia de todas las naciones. Aspira también, en una óptica más pragmática, a facilitar la organización de la sociedad internacional revelando las posibilidades de acuerdo y sugiriendo fórmulas para la regulación de las relaciones internacionales. Finalmente permite a los juristas de diversas naciones plantearse la posibilidad de una mejoría de sus sistemas de Derecho internos”.

RENÉ DAVID¹

Sumario: 1. ELEMENTOS BIOGRÁFICOS BÁSICOS.- 2. PENSAMIENTO JURÍDICO: LA CENTRALIDAD DEL DERECHO COMPARADO Y SU SIGNIFICACIÓN TÉCNICA Y DE POLÍTICA DEL DERECHO.- 3. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA.

¹ DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, edición, traducción y notas por J. Sánchez Cordero, con la colaboración de A. Sánchez-Castañeda, México D.F., editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, Introducción, pág. 26.

Contents: I. BASIC BIOGRAPHICAL ELEMENTS.- II. LEGAL THINKING: THE CENTRALITY OF COMPARATIVE LAW AND ITS TECHNICAL MEANING AND THAT OF POLITICS OF LAW.- III. SELECTED BIBLIOGRAPHY.

Resumen: Este estudio se centra en la aportación clásica de René David a la construcción tanto del Derecho comparado como del método comparatista.

Abstract: This study is focused in the classical contribution by René David to the construction of both Comparative Law and Comparative methodology.

Palabras clave: Derecho comparado, Método comparatista, René David

Keywords: Comparative Law, Comparative method, René David

* * *

1. ELEMENTOS BIOGRÁFICOS BÁSICOS

René David (12 de enero de 1906 en Jura, Francia – 26 de mayo de 1990 en Le Tholonet (Bouches-du-Rhône), Francia) fue un eminente profesor de Derecho francés. Sus trabajos de investigación han sido publicados en numerosos idiomas de Estados diferentes. Puede considerarse en la segunda mitad del siglo XX, uno de los representantes más destacados —para algunos el más determinante— en la elaboración del campo jurídico propio del Derecho Comparado y el método comparatista.

Entre 1929 y 1939, René David fue profesor en la Universidad de Grenoble. Después de servir en el ejército francés durante la Segunda Guerra Mundial, enseñó Derecho comparado en la Universidad de París (1945-1968) y luego en la Universidad de Aix-en-Provence (1968-1976).

En su larga trayectoria profesional se centró en el Derecho Internacional, alcanzando un gran reconocimiento internacional. En el año 1930, intervino activamente en Roma en el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Su labor de enseñanza y difusión del Derecho internacional y del Derecho comparado se desplegó prácticamente en todo el mundo: universidades de Cambridge (1933-1935), Columbia (Nueva York), Louis-et-Maximilien de Munich, Teherán, etcétera; con estancias en el extranjero, como asesor y/o conferenciante.

Hasta tal punto es así que en la década de 1960 presidió la delegación francesa en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Trabajaría para las Naciones Unidas. Entre los años 1962 a 1978, fue miembro de la Junta Directiva de Unidroit. Colaboró en la redacción del Código Civil de Etiopía en 1960; después sería miembro del equipo de expertos que redactó el Código de Derecho Civil para Ruanda. Asimismo, en año 1973, organizó la publicación de la *Enciclopedia Internacional de Derecho Comparado*. En 1983, ayudó a fundar, como miembro del Consejo presidido por el Dr. Ibrahim Shihata, *el Instituto Internacional de Derecho del Desarrollo*. Con todo, importa retener aquí que René David no se limitó —tanto en la teoría como en la

práctica— a realizar un enfoque eurocéntrico en sus análisis iuscomparatistas¹.

Todo ello supone que René David fue un intelectual que *adquirió un papel “fundacional”* al sentar las bases fundamentales del Derecho Comparado y del método comparatista en el ámbito internacional, sobrepasando las fronteras de su país ampliamente.

Recibió honores y premios internacionales, siendo de destacar que René David mereció la concesión de títulos honoríficos de la Universidad de Edimburgo, Bruselas, Ottawa, Basilea, Leicester y Helsinki. También el 17 de septiembre de 1976 fue honrado por Amnistía Internacional, con el “Premio Erasmus” en Pieterskerk en Leiden.

En cualquier caso, René David es un jurista de tal relevancia que no necesita mayor presentación, lo que sí parece relevante es poner de relieve sus grandes aportaciones doctrinales, a menudo no suficientemente conocidas, al menos en toda su grandeza. Sus obras principales han sido traducidas a numerosos idiomas. En España su obra más importante (publicada originariamente en 1964) muy pronto sería traducida y publicada por la Editorial Aguilar en 1968².

2. PENSAMIENTO JURÍDICO: LA CENTRALIDAD DEL DERECHO COMPARADO Y SU SIGNIFICACIÓN TÉCNICA Y DE POLÍTICA DEL DERECHO

En cuanto a los inicios del Derecho comparado como disciplina jurídica diferenciada, René David subrayó las poderosas razones de su surgimiento, teniendo en cuenta el hecho histórico de que de algún modo siempre hubo comparación entre órdenes jurídicos diversos. Señala René

¹ Para un enfoque crítico desde la perspectiva de una “historia total”, véase, por ejemplo, DIRLIK, A.: «History Without a Center? Reflections on Eurocentrism» en FUCHS, E. Y STUCHEY, B. (Editores): *Across Cultural Borders. Historiography in Global Perspective*, Oxford, 2002, págs. 247-284.

² DAVID, R.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, traducción de la 2ª ed., francesa, por Pedro Bravo Gala, Madrid, Aguilar, 1ª edición española 1968, 1ª reimpresión, 1973. Pero ya antes se había traducido su obra, DAVID, R.: *Tratado de Derecho civil comparado (Introducción al estudio de los Derechos extranjeros y al método comparativo)*, traducción de Javier Osset, y Prólogo de Antonio Hernández Gil, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado (EDERSA), 1953; Prólogo XXXVI, 632 páginas. Por entonces, René David era profesor de Derecho Civil Comparado en la Universidad de París.

David que tuvo que esperarse al siglo XIX y a la fragmentación de ese *jus commune*, sustituido por codificaciones nacionales, para que la noción de un sistema de Derecho de valor universal cayese en descrédito y que, como consecuencia de esta “revolución cultural”, surgiera la oportunidad y posteriormente la necesidad paulatina de comparar las diferentes leyes que las naciones de Europa se habían impuesto y sobre cuyo estudio se fundaría la enseñanza en las universidades. En los orígenes el *desarrollo del Derecho comparado, debe ser entendido como una reacción en contra de la nacionalización del Derecho* que se produjo en el siglo XIX que por otra parte, se volvió necesario y urgente en razón de la expansión actual sin precedentes de las relaciones de todo orden de la vida internacional, el cual fomenta un paralelismo entre los sistemas jurídicos³. Autores tan eminentes como Georges Ripert⁴ y Giovanni Tarello⁵ utilizaron ampliamente el método comparado y concibieron la cultura jurídica como categoría historiográfica.

Ello no obstante, más allá de ese origen histórico no se puede desconocer que el Derecho comparado encuentra razones más amplias y complejas; entre ellas, utilizar la comparación no sólo para conocer al Derecho y la cultura jurídica de otros países, sino también utilizar sus experiencias como herramienta útil al servicio de la articulación de las propias políticas del Derecho⁶.

³ DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, edición, traducción y notas por J. Sánchez Cordero, con la colaboración de A. Sánchez-Castañeda, México D.F., editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, Introducción, pág. 17.

⁴ RIPERT, G. y ROBLOT, R.: *Traité de Droit Commercial*, 13^a édition, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1989 (con posteriores ediciones); RIPERT, G.: *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1949; RIPERT, G.: *El régimen democrático y el derecho civil moderno*, trad. José M. Cajica Jr., revisión, edición y estudio preliminar, “Derecho privado y democracia constitucional: Georges Ripert, ¿Paradigma de jurista liberal?” (pp. IX-LXXXVIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2021; RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, trad. José Quero Morales, revisión, edición y estudio preliminar, “La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía” (pp. XIII-CL.), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001.

⁵ TARELLO, G.: *Cultura jurídica y política del Derecho*, con “Introducción” de Riccardo Guastini y Giorgio Rebuffa, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2002, espec., págs. 43 y sigs., 157 y sigs., y 407 y sigs.

⁶ Por ejemplo; PIZZORUSSO, A.: *Lecciones de Derecho Constitucional*, 2 Tomos, Prólogo de F. Rubio Llorente. Traducción de J. Jiménez Campo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. M° de la Presidencia, 1984; PIZZORUSSO, A.: ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 185-244

Para René David, en el plano de la enseñanza en el campo jurídico el estudiante de Derecho o de ciencia política —y, en suma, de las ciencias sociales en general— debe estar en condiciones de situar su propio Derecho nacional en el marco de los sistemas jurídicos contemporáneos, de la misma manera que, en virtud de sus estudios históricos, ha de poder encuadrarlo desde el punto de vista de su historicidad⁷.

Ya desde el mismo siglo XIX se percibía una utilidad amplia del Derecho comparado y del método comparado. Así, en dicho siglo, el Derecho comparado se pensó como comparación de legislaciones. El nombre de varias de las sociedades científicas y cátedras universitarias en la época era justamente el de “legislación comparada”. En ese periodo, los juristas de entonces entendían que no se trataba de comparar mecánicamente los textos legales escritos, pues también contaba la manera como se entendían las reglas en la jurisprudencia y en la doctrina académica. La manera tópica (o de poco rigor, como diría un jurista de nuestro tiempo) permitía introducir una gran variedad de información, transmisión de conocimientos y argumentos basados en la historia y en el análisis social. Necesario es subrayar que el Derecho comparado ha tenido éxitos importantes. Institucionalmente, el más notable es Unidroit o Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Esta institución fue creada en 1926 por la Sociedad de Naciones, y restablecida en 1940, a la

Curso de Derecho comparado, Barcelona, Ariel, 1987. La aportación Mario G. Losano es importante en sí y por su influencia en lengua española al haber sido traducido prontamente. Véase LOSANO, M.G.: *Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho Europeo y Extranjero*, trad. Alfonso Ruíz Miguel, Madrid, Debate, 1982; y la edición posterior italiana, LOSANO, M.: *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, Laterza, 2000; HERNÁNDEZ GIL, A.: *Metodología de la ciencia del Derecho*, vol. 1, Las concepciones y los métodos jurídicos tradicionales. El proceso de su revisión (408 págs.); vol. 2. Algunas corrientes generales del pensamiento. El estructuralismo y la ciencia jurídica (462 págs.), Madrid, Tecnos, 1971.

⁷ DAVID, R.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, traducción de la 2ª ed., francesa, por Pedro Bravo Gala, Madrid, Aguilar, 1ª edición española 1968, 1ª reimpresión, 1973, Prefacio a la edición española (París, junio de 1968), pág. XI. Observa el propio David en el citado Prefacio que la primera edición de este libro ha aparecido en 1964; la segunda, en 1966, y una tercera edición debe publicarse a finales de este año. La traducción española se llevó a cabo sobre la segunda edición francesa, salvo en lo que se refiere a las partes relativas al Derecho inglés y al Derecho de los Estados Unidos, en las cuales ha podido ser ya utilizado el manuscrito preparado para la tercera edición francesa. Por lo demás, en las restantes partes del libro se han introducido las rectificaciones necesarias para ponerlo al día, sobre todo por lo que se refiere a su biografía (*Ibid.*, pág. XI).

desaparición de ésta con la creación de la ONU, y desde ese momento ha tenido una actividad continua con resultados muy apreciables⁸.

La labor desplegada por René David fue extraordinaria en la construcción de la disciplina (Derecho comparado y método comparatista) y en la clasificación técnica e instrumental de los sistemas jurídicos a efectos de comparación jurídica. Siendo su obra fundamental el referente internacional en Derecho comparado. El concepto clave que utilizó fue el de “familias jurídicas”⁹, configuradas por sus tradiciones culturales y su base social en constante evolución. La pretensión de establecer una clasificación cerrada —como oportunamente venía de señalar David— no se corresponde con el desarrollo cambiante de las culturas jurídicas.

Por lo demás, las culturas jurídicas no son incomunicables —de alguna manera llegados a un estado mínimamente avanzado de civilización, nunca lo han dejado de ser—, puesto que en la dinámica jurídica se han intensificado las relaciones económicas, sociales, políticas y culturales en general; y ello provoca transformaciones y mutaciones en los sistemas

⁸ PÉREZ PERDOMO, R.: “Versión escrita de la conferencia pronunciada por el galardonado al recibir el premio internacional de investigación en derecho “Héctor Fix-Zamudio” 2014. “el derecho comparado y la comparación de culturas jurídicas. una perspectiva latinoamericana”, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 146, (2016), págs. 477-504, pág. 480. <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/S0041863318300887.pdf>. PÉREZ PERDOMO, R.: *Educación jurídica en Occidente. Una historia cultural*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 154 páginas. En este libro se analiza la historia de la educación jurídica en dos milenios escogiendo determinadas épocas y lugares en los cuales pueden apreciarse con más facilidad los cambios fundamentales, la relación entre educación jurídica, la idea del Derecho y el papel social que le corresponde a los actores jurídicos principales. El marco geográfico es Europa y las Américas. La distinción entre capítulos es tomada de la “summa divisio” del Derecho comparado entre la tradición romano-canónica y la anglo-americana, salvo para el capítulo final donde justamente se analiza el contacto y la convergencia entre las dos tradiciones en la época contemporánea. El amplio ámbito de la obra no le resta profundidad y para ello se utiliza una necesaria diversidad de fuentes y enfoques poco explorados en la historia del Derecho y el método comparatista. Asimismo, PÉREZ PERDOMO, R., RODRÍGUEZ TORRES, J. (Compiladores) *et altri: La formación jurídica en América Latina. Tensiones e innovaciones en tiempos de la globalización*, Bogotá (Colombia), Universidad de Externado de Colombia, 2006, 397 páginas.

⁹ DAVID, R.: *Les grands systèmes de droit contemporains*, París, Dalloz, 1964 [DAVID, R.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (Derecho comparado)*, trad. de la 2ª edición francesa (1967) por Pedro Bravo Gala, Madrid, Aguilar, 1973]. Al respecto, GORDLEY, J.: “Comparative Law and Legal History”, en REIMANN, M. Y ZIMMERMANN, R. (EDS.): *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford. Oxford University Press, 2006.

jurídicos objeto de comparación, como expresión de procesos de adaptación o de carácter sistémico o disruptivo que van más allá de la simple transformación para alcanzar a un cambio más radical.

En cualquier caso, la historicidad es un rasgo constitutivo — inherente— a la formación y desarrollo de los ordenamientos jurídicos, tanto en la perspectiva estructural como funcional, y asimismo en el plano de su representación e interpretación doctrinal (que no es fácil representarla como “comunidad jurídica”, si al mismo tiempo no se precisa que es una comunidad jurídica inevitablemente pluralista, en sus concepciones e ideologías jurídicas y de política del Derecho). Hay que tener en cuenta que la política del Derecho es un ámbito del saber sobre el fenómeno jurídico que va más allá de la creación de la norma jurídica, del derecho positivo (el establecimiento de normas jurídicas es la tarea propia de la política jurídica dentro de la ciencia del Derecho como ciencia al propio tiempo normativa y social). La política del Derecho nos conduce a indagar sobre las razones del establecimiento de un orden normativo dado tomando en consideración sus condiciones ambientales y la cultura jurídica que domina o prevalece en un determinado periodo o etapa histórica. Permite apreciar reflexiva y críticamente la historia cultural y comparada del Derecho, la idea del Derecho y la función social desempeñada por los actores y operadores jurídicos en su trayectoria discontinua, en continua transformación y mutación, en la “larga duración” que presenta la realidad existencial del fenómeno jurídico en las sociedades de todas las épocas (“*longue durée*”)¹⁰. Es decir, el saber jurídico al que sirve el Derecho comparado no debe limitarse a la descripción y contemplación acrítica y avalorativa del Derecho vigente, conforme a las pautas del superado positivismo legalista, sino que es un saber que ha de tener en cuenta las normas de principios y valores establecidas en las Constituciones y en las Cartas de Derecho y su eficacia no meramente formal (vigencia), sino real y atendiendo al contexto y las prácticas sociales (eficacia social).

Pero también corrobora los puntos de contacto, de encuentro, que, paulatinamente expresan una cierta mezcla y convergencia de tradiciones jurídicas en el marco de un determinado estado de cultura. Lo cual va más allá de la distinción clásica entre la tradición romano-germánica y la

¹⁰ BRAUDEL, F.: “Histoire et Sciences sociales: La longue durée”, en *Annales. Histoire, Sciences Sociales* (en fr-FR) 13 (4) (1958), págs.725-753; BRAUDEL, F.: “La larga duración”, en *La historia y las ciencias sociales*, Madrid, Alianza editorial, 1990; asimismo, *La historia y las ciencias sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.

tradición anglo-americana (tradición del “common law”), propias del mundo occidental que se expandió a otras culturas y civilizaciones a nivel mundial. René David distinguiría, clásicamente, esas tradiciones atendiendo a las “familias jurídicas” romano-germánica y familia del “common law”, pero reconociendo la existencia de otras familias jurídicas que obedecían a distintas tradicionales culturales y civilizatorias¹¹. Más allá de sus problemas conceptuales, por la noción controvertida de “familias jurídicas” (aunque de la controversia tampoco está exento el concepto de “tradición jurídica”, a pesar de que su uso se ha impuesto en la labor de comparación), David no deja de tomar en consideración todos los aspectos propios de la cultura jurídica que no se limitan a la estructura y función interna del Derecho, sino que alcanza a su analizar el fenómeno jurídico atendiendo al

¹¹ DAVID, R.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (Derecho comparado)*, trad. de la 2ª edición francesa (1967) por Pedro Bravo Gala, Madrid, Aguilar, 1973, págs. 12 y sigs., 14 y sigs., y ya con un estudio profundo, Primera Parte (“La familia romano-germánica”), págs. 14 y sigs., Segunda Parte (“Los derechos socialistas”), págs. 120 y sigs., y Tercera Parte (“Common Law”), págs. 242 y sigs., y una Cuarta Parte (“Derechos religiosos y tradicionales”), págs. 357 y sigs., más heterogénea, comprensiva del Derecho Musulmán, el Derecho de la India el Derecho del Extremo Oriente, y los Derechos de África y Madagascar. El paso del tiempo cambiaría lógicamente muchos de los análisis (paradigmática la caída de los regímenes denominados de “socialismo real” europeos) y la intensificación del proceso de mundialización (“economía-mundo”) y su deriva hacia la coyuntura histórica actual de “globalización” determinará nuevos procesos de diferenciación en la cultura jurídica, pero también de convergencia internacional tanto en el plano del Derecho Internacional General (público y privado) como en el Derecho Internacional Regional (paradigmáticamente la intensificación del proceso de unión en la pluralidad propia del acontecer en el espacio geopolítico europeo: el Consejo de Europa y la Unión Europea (que, como es sabido, fue más allá de un espacio de creación de un mercado interior comunitario); pero también fuera de Europa, el MERCOSUR, el Derecho Chino en su condición de potencia mundial...). De ello se daría cuenta René David en ediciones posteriores, incluyo después de su fallecimiento, con la continuación de su gran libro de Derecho comparado contando con la colaboración y coautoría correspondiente, DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, edición, traducción y notas por J. Sánchez Cordero, con la colaboración de A. Sánchez-Castañeda, México D.F., editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010. Edición ésta última en la que se percibe más –aunque no suficientemente– el pluralismo de los ordenamientos jurídicos en el ámbito universal más allá de la invención de la forma derecho estándar en el considerado mundo occidental. Por lo demás, se ha venido construyendo un sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos humanos con potencial proyección expansiva a escala universal (con independencia de que no haya conllevado nada parecido a una homogeneización de legislaciones de todos Estados a nivel mundial). Por lo tanto, hay que tener en cuenta la dinámica histórica que incide en un movimiento diacrónico y pendular entre la tradición de cultura jurídica y los procesos de cambio de la misma en atención a un cúmulo complejo y muy heterogéneo de factores confluyentes y determinantes en primera o última instancia.

contexto general de las sociedades¹². Por otra parte, hay que tener en cuenta que las tradiciones jurídicas no están estáticas, sino que tienen un carácter evolutivo y de continuo desarrollo del Derecho —de los sistemas jurídicos— mostrando su capacidad de crecimiento y de respuesta a los desafíos durante generaciones y siglos.

El proceso de mundialización ha intensificado la influencia mutua de los sistemas jurídicos pluralistas que coexisten entre sí y se hacen más “porosos” para recibir las influencias recíprocas —en sentido micro/institución y macro/institucional—. Por lo demás, la mundialización en su fase de globalización actual ha facilitado la creación de un pluralismo jurídico, el cual no se limita a los órdenes estatales (éstos en ciertos aspectos han perdido capacidad de decisión frente a los mercados autorregulados y dominados por las grandes corporaciones empresariales y financieras; es obvio que esos límites no son tan intensos en las grandes potencias estatales a nivel mundial)¹³.

En la era de la globalización (que no es sólo económica, sino también cultural y jurídica) el Derecho comparado y el método comparatista están llamados a tener una particular centralidad en los estudios y análisis jurídicos. La investigación iuscomparatista desempeña un papel

¹² Véase FRIEDMAN, LAWRENCE M.: *The Legal System. A Social Science Perspective*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 1975, distinguiendo entre cultura jurídica “interna” y “externa. Asimismo, SOMMA, A.: *Introducción al derecho comparado* (2014), trad. Esteban Conde Naranjo, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, págs. 31 y sigs.

¹³ Entre la amplia bibliografía respecto a la globalización, teoría jurídica y pluralismo, puede consultarse, TWINING, W.: *Derecho y globalización*, trad., y estudio preliminar a cargo de Ó. Guardiola-Rivera y C. Sandoval Villalba, Bogotá (Colombia), Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 2003, págs. 119 y sigs., y 209 y sigs.; TWINING, W.: *Globalisation & Legal Theory*, London, Butterworths, 2000; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho Social*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021, espec., Capítulo I (“La concepción pluralista del derecho: perspectiva filosófica y sociológica”), págs. 11-124; *idem*, *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017, espec., Capítulo II.2. (“La ordenación jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en la dialéctica entre heteronomía y autonomía”), págs. 54-109, y Capítulo III (“La defensa de los derechos sociales en el marco de los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”), págs. 137-212; *idem*, *Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., Capítulo 5 (sobre el orden internacional, la soberanía, el Derecho y el constitucionalismo social en la era de la globalización), págs. 297-470, y la extensa referencia bibliografía allí citada.

fundamental en el proceso de conocimiento de los fenómenos jurídicos más allá de las limitaciones de las fronteras nacionales, puesto que los estudios jurídicos comparativos facilitan la comprensión del tratamiento de problemas vinculados con el carácter generalizable de determinadas experiencias y prácticas jurídicas por los diversos operadores jurídicos.

En Derecho comparado contemporáneo se parte de la premisa fáctico-jurídica de que los sistemas y ordenamientos jurídicos son interdependientes y que en muchos aspectos no pueden ser tratados sin más como sistemas jurídicos completamente “externos” a otros ordenamientos jurídicos nacionales, como se puede apreciar por la existencia de fuentes del Derecho internacionales o transnacionales compartidas, porque han avanzado los procesos de integración geopolítica y jurídica a nivel supranacional (v.gr., Consejo de Europa, Unión Europea, Mercosur, etcétera), porque está el hecho jurídicamente relevante de que se configuran fuentes extralegislativas a nivel internacional sobre multitud de materias de orden económico y social (es la nueva “*lex mercatoria*” con impacto inequívoco no sólo en el orden jurídico internacional, sino también inevitablemente nacional), y, por último, porque existen materias relativas a cuestiones o instituciones concretas donde se está produciendo un proceso de armonización flexible a través del Derecho Internacional “fuerte” interestatal y también en virtud de las “reglas jurídicas de *soft Law*” o derecho débil en la formalización aunque eficaz en el plano decisional (por ejemplo, derechos de los contratos; normas o reglas relativas a la concurrencia). En este sentido la labor de comparación jurídica se hace cada vez más compleja, como compleja es la tarea de establecer una comprensión explicativa¹⁴ de ordenamientos jurídicos distintos, haciendo explícitas sus

¹⁴ Para el sentido de la noción y delimitación de la “comprensión explicativa” del Derecho, puede consultarse, Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Conocimiento y crítica del Derecho. Por una teoría comprensiva y explicativa del derecho”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 37 (2007), págs. 11-52; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Por una teoría comprensiva y explicativa del Derecho”, en *El pensamiento jurídico: pasado, presente y perspectiva. Libro homenaje al Prof. Juan José Gil Gremades*, ELÓSEGUI ITXASO, M. y GALIANA AYUDA, F. (COORDS.), Zaragoza, Editores El Justicia de Aragón, 2008, págs. 689-740; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, págs. 296 y sigs. (“La ciencia jurídica como ciencia social y normativa”). En lo relativo a la cuestión de lo que significa conocer el Derecho, cabe señalar que: “Conocer el derecho supone “comprenderlo” (esto es lo que hace una dogmática jurídica abierta), y “explicarlo”, referir a las relaciones sociales y al papel que las instituciones jurídicas tienen en relación a ellas. Es la misma estructura social la que posibilita la explicación, ésta es material y objetiva (relación entre el contenido normativo ideal y la realidad social: la explicación ha

semejanzas y diferencias, teniendo en cuenta las distintas tradiciones jurídicas y que, además, la actividad comparatista no puede quedarse en el dato normativo (no puede ser aislacionista a riesgo de dar una visión distorsionada de los sistemas jurídicos e instituciones que constituyen el objeto de su tarea), sino que éste ha de ser contextualizado en el marco de las estructuras sociales en que se insertan los sistemas jurídicos “nacionales” y sus respectivas culturas jurídicas. Esto es tan cierto referido a sistemas jurídicos afines (al pertenecer a familias jurídicas y tradiciones de cultura jurídica similares; por ejemplo, la llamada familia o cultura jurídica anglo-americana; o la familia o cultura jurídica romano-germánica; o tradiciones culturales provenientes de otros ámbitos geopolíticos y jurídicos) como a sistemas jurídicos altamente diferenciados (por ejemplo, comparar sistemas jurídicos europeos y sistemas jurídicos asiáticos, como el importante ordenamiento jurídico de China, una de los grandes Estados-potencia mundial). No cabe duda que ello afectará a la técnica de comparación que se utilice, que no puede ser indiferenciada (o si se quiere indiferente) ante la realidad de culturas jurídicas con tradiciones e instituciones distintas o muy diferenciadas entre sí dado que no existe afinidad entre ellas o ésta es muy débil. Y ello puede tener un impacto relevante para la teoría y la metodología del Derecho comparado en un mundo más interdependiente y global como el de la coyuntura actual.

No sin cierto optimismo jurídico se ha podido hablar de una tendencia emergente que va del Derecho comparado (no llamado a

de ser descubierta mediante la investigación del funcionamiento real de la práctica del Derecho) atendiendo a las causas socio-históricas que originan las estructuras jurídicas. Se trata de entender si los fines y valores consagrados en las normas jurídicas se corresponden realmente con los intereses a los que pretende servir. La perspectiva aparentemente exterior a la norma es, ante todo, *explicación* de la misma. Pero desde un doble modo de pensar: debe combinarse el método analítico (esencial para la perspectiva interna y el método holístico (nido a la perspectiva externa) hacia el tratamiento del problema del Derecho (y en función del tipo de problema planteado en cada momento), del fenómeno jurídico que forma parte –como ámbito específico– del más amplio entorno social. Esta racionalidad abierta y reflexiva del Derecho permite articular la teoría y la praxis en conocimiento del mismo: se debe comprender y explicar el Derecho, pero es posible también orientar sus procesos de cambio en una sociedad en transformación” (*Ibid.*, pág. 334). En esta construcción la aportación de Max Weber es especialmente relevante, como puede comprobarse en el estudio de MONEREO PÉREZ, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., págs. 55 y sigs. (sobre la “sociología como ciencia comprensiva” y la “sociología del Derecho como ciencia social”).

desaparecer) al Derecho cosmopolita¹⁵. En el contexto de un nuevo orden global —que ahora se pone en cuestión en su conformación propia del neoliberalismo político y jurídico—, donde el nacionalismo no ha desaparecido, lo que es innegable es que la tarea del jurista no puede

¹⁵ En este sentido PIZZORUSSO, A.: “Del Derecho comparado al Derecho Cosmopolita”, en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 61 (2008), págs. 421-430. En una dirección parecida, FERRAJOLI, L.: *Constitutionalismo más allá del Estado*, Madrid, Trotta, 2018; FERRAJOLI, L.: *La Constitución de la tierra. La Humanidad en la encrucijada*, Madrid, Trotta, 2022, espec., Tercera Parte (“Por un constitucionalismo más allá del Estado”). Ferrajoli, incorpora en este último libro un “Proyecto de Constitución de la Tierra”, articulado (100 artículos que se proponen para la discusión). Según Ferrajoli, la humanidad se encuentra frente a emergencias globales que ponen en peligro su misma supervivencia: el calentamiento global; la amenaza nuclear: el crecimiento de las desigualdades y la miseria, y la muerte, cada año, de millones de seres humanos, por hambre y enfermedades no tratadas; la difusión de regímenes despóticos que violan sistemáticamente las libertades fundamentales ; el desarrollo del crimen organizado y de las economías ilegales y corrupción de la economía legal; el drama de cientos de millares de migrantes forzados; por primera vez en la historia los seres humanos (el género humano) están en riesgo de extinción. Se trata de una refundación del pacto de convivencia pacífica ya estipulado en la Carta de la ONU de 1945 y con las diversas cartas y convenciones sobre derechos humanos, pero que hasta el momento se muestra inefectivo por la carencia de instituciones que garanticen su plena efectividad en el ámbito internacional o supranacional (Primera parte: “Catástrofes globales”). En una dirección análoga, HABERMAS, J.: *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000. Un planteamiento reflexivo y crítico, pero que puede interpretarse ahora en clave realista y constructiva, en ZOLO, D.: *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, trad. Roger Campione, Madrid, Ed. Dykinson-Instituto «Bartolomé de las Casas», 2005, págs. 67 y sigs. (Crítica del pacifismo cosmopolita de Noberto Bobbio), y págs. 108 y sigs. (crítica la soberanía desplazada de Hans Kelsen y la soberanía reivindicada de Carl Schmitt); ZOLO, D.: *Globalización. Un mapa de los problemas*, trad. Miguel Montes, Ediciones Mensajero, 2006, espec., págs. 85 y sigs., y 105 y sigs.; ZOLO, D.: *Cosmópolis. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*, trad. Rafael Grasa y Francesc Serra, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 2000, págs. 127 y sigs.; ZOLO, D.: *La justicia de los vencedores*, Madrid, Trotta, 2007, págs. 67 y sigs., y el capítulo III de la presente obra. Planteado ya antes por el propio Kelsen, desde presupuestos ideológico jurídicos kantianos, KELSEN, H.: *Principios de Derecho Internacional Público* (1952), traducción por Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida, Revisión, edición y estudio preliminar, “Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen” (pp.IX-LVII), a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2013; KELSEN, H.: *La paz por medio del Derecho* (1944-1972), traducción de Luis Echávarri, Introducción de Massimo La Torre y Cristina García Pascual, Madrid, Trotta, 2003. Para toda esta problemática, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los fundamentos de la democracia. La teoría político jurídica de Hans Kelsen*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., Capítulo 5 (“Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen: Mito y realidad”), págs. 297-470.

limitarse al estrecho límite de las fronteras de los Estados nacionales, siendo necesario ampliar la perspectiva de observación sobrepasando dichas fronteras, esto es, estableciendo un diálogo comunicativo con las culturas jurídicas de otros países no para un conocimiento abstracto o de especulación teórico (o erudita), sino como una exigencia para servir al propio ordenamiento jurídico interno o nacional, al cual le es fundamental incorporar esa perspectiva para la comunicación o, en su caso, la convergencia (para esto último el ejemplo lo tenemos en el Derecho del Consejo de Europa y del Derecho de la Unión Europea). Sin embargo, las culturas jurídicas de los distintos Estados o de ámbitos geopolíticos integrados (tipo Unión Europea o Consejo de Europa) no desaparecen y mantienen, lejos de ello, un ámbito significativo de autonomía decisional en lo jurídico y en lo político (espacio de soberanía persistente). Al efecto, importa en la tarea comparatista tanto la consideración de las políticas jurídicas como las técnicas normativas que las materializan y que vienen a conformar los modelos normativos como objeto de comparación.

Necesario es indicar que, más allá de lo que se infiere del pensamiento de René David, pero sin contradecirlo en sus cimientos discursivos, hay que dejar constancia del hecho de que los sistemas jurídicos pueden ser clasificados según varios criterios, y la teoría de las familias jurídicas es sólo un criterio de clasificación útil de los sistemas jurídicos entre otros. Es más, las familias jurídicas y las tradiciones jurídicas presentan fronteras porosas y no son compartimentos estancos. Resulta habitual hacer referencia a dos grandes familias jurídicas distintas del derecho contemporáneo: la familia del “common law”, por un lado, y por otro, la familia romanista. Sin embargo, esta imagen, innegablemente deudora de la historiografía inglesa y, en consecuencia, emanada de una ideología definida, está todavía muy extendida entre los operadores comparatistas y los juristas en general no especializados; pero necesita una puesta al día y un redimensionamiento, pues está parcialmente desmentida por toda una serie de hechos históricos que la historiografía jurídica moderna ha evidenciado hasta el punto de que la oposición sistematológica tradicional debe ser revisada en profundidad¹⁶.

Piensa René David que lo relevante es la comparación de Sistemas de Derechos, el método comparado. Para él el Derecho comparado no sería tanto una rama jurídica específica, sino más bien una disciplina que estudia

¹⁶ Se aportan razones, en síntesis, en la obra de CANNATA, C.A.: *Historia de la ciencia jurídica europea*, trad. L. Gutiérrez-Masson, Madrid, Tecnos, 1996, págs. 238-242. ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 185-244

las técnicas comparatistas, sus instrumentos y fines. Tras ello se trata de conocer no sólo elementos aislados del Derecho, sino el conjunto de la cultura jurídica que domina o prevalece en los pueblos y que hace surgir una determina forma de Derecho y de instituciones jurídicas. También se ve alterado el papel de los profesionales y de los operadores jurídicos en general; a la par que las transformaciones de la realidad en la aplicación del Derecho (y su aceptabilidad social por sus destinatarios) que un positivismo legalista o normativista no permitiría por sí mismo conocer (límites intrínsecos y extrínsecos del concepto de Derecho y de la metodología jurídica del positivismo de corte legalista). El Derecho comparado no puede desconocer las singularidades de cada ordenamiento jurídico nacional y sus razones; y busca asimismo elementos comunes que otorgan cierta dimensión universalizadora a determinadas instituciones jurídicas concretas. La búsqueda de un Derecho universal uniforme tendría una dimensión tan utópica como la del Estado universal kantiano.

La utilidad del método comparado es innegable: permite el conocimiento del Derecho extranjero, aprendiendo de su experiencia al servicio de la mejora del propio ordenamiento nacional del operador jurídico¹⁷; en un mundo tan internacionalizado (y tanto más con la creación del Consejo de Europea o la Unión Europea), el conocimiento (mutuo o no) de los Derechos nacionales deviene fundamental dada esa interrelación entre los distintos sistema jurídicos; la comparación aparte del enriquecimiento del saber permite la aproximación de regulaciones y en el caso de uniones supranacionales geopolíticas —como las indicadas— facilita la armonización y aplicación del ámbito del Derecho común o comunitario aplicable.

¹⁷ Paradigmático ha sido el uso histórico del método comparado al servicio de la creación y expansión de la legislación social (pero podría extenderse a otras ramificaciones o sectores del orden jurídico), en parte por imitación y en parte por confrontación de ideas y técnicas. En este sentido histórico jurídico, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La reforma social en España. Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, espec., págs. 356 y sigs. (“Teoría e ideología del liberalismo social reformista”; “La recepción del Derecho comparado y extranjero y su utilización “productiva” al servicio de la realización de la política de reforma social en España”). Del mismo Adolfo Posada, POSADA, A.: *Tratado de Derecho Político*, edición especial íntegra en un solo volumen, y estudio preliminar “El pensamiento político-jurídico de Adolfo Posada” (pp. IX-CLXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003, espec., Tomo III: *Derecho político comparado*, págs. 835-1008.

Entiende René David que los intereses del Derecho comparado pueden agruparse bajo tres elementos interrelacionados. El Derecho comparado es útil en las investigaciones históricas o filosóficas relativas al Derecho, así como conocer mejor y perfeccionar nuestro Derecho nacional; es útil para entender a los pueblos extranjeros y posibilitar un mejor régimen a las relaciones internacionales.

1º. Perspectiva de unificación del Derecho. Es indispensable para todo intento de armonización o de unificación del derecho¹⁸.

2º. Entendimiento internacional. Para él, el perfeccionamiento de la legislación y la unificación o armonización de los sistemas jurídicos han dejado de ser el objeto exclusivo del Derecho comparado. Más modestamente, asigna al Derecho comparado de nuestro tiempo una tarea cualitativamente diferente: la de hacernos comprender a los otros nuestros propios puntos de vista, es decir, la de organizar, en la esfera jurídica, la coexistencia pacífica y, si es posible, armónica que constituye la *conditio sine qua non* para el mantenimiento y el progreso de nuestra civilización”¹⁹. La labor de comparación jurídica se ha de hacer hoy día atendiendo a la experiencia que muestra la realidad en la presente coyuntura —y mayor conciencia de ello— de que la diversidad cultural, cognitiva y social, étnica, productiva, religiosa, jurídica y política del mundo es inmensa. Es un tipo de diversidad que subvierte completamente, y de manera visible, los presupuestos habituales de la diversidad monocultural —con una cultura dominante— que confiere una más intensa complejidad en la contemporaneidad. Este fenómeno conlleva que más allá de orden internacional con elementos comunes y compartidos (al menos de modo generalizado, sin pretensiones absolutas de universalidad) se constate una heterogeneidad discontinua y en muchos aspectos inconmensurable de culturas y tradiciones (que abarcan también al campo de los jurídico). En este mundo más diverso y rico en experiencias hay que superar también a

¹⁸ DAVID, R.: *Las grandes sistemas jurídicos contemporáneos (Derecho comparado)*, traducción de la 2ª ed., francesa, por Pedro Bravo Gala, Madrid, Aguilar, 1ª edición española 1968, 1ª reimpresión, 1973, págs. 7 y sigs.; DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, edición, traducción y notas por J. Sánchez Cordero, con la colaboración de A. Sánchez-Castañeda, México D.F., editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, Introducción, págs. 16-26.

¹⁹ DAVID, R.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, traducción de la 2ª ed. francesa, por Pedro Bravo Gala, Madrid, Aguilar, 1ª edición española 1968, 1ª reimpresión, 1973, pág. 8.

efectos de la comparación jurídica la imagen del Sur global que ha sido producida en el Norte global, para obtener una universalidad más plural, en la medida en que dé cuenta de la multiplicidad y diversidad de tradiciones y culturas jurídicas enmarcadas en las dimensiones o vertientes de las sociedades contemporáneas. También es de postular que la dignidad humana y la justicia social no se limiten a ser una universalidad abstracta para convertirse también en una universalidad concreta que asuma —también en el plano jurídico— como por ejemplo cuando, desde este punto de vista, se habla de garantizar capacidades humanas en un discurso complementario a los derechos humanos, y se conecta con el derecho humano al desarrollo²⁰. Asistimos ante nosotros a una metamorfosis del Estado nacional y de las relaciones internacionales, y al relativo fracaso de ciertas instituciones internacionales creadas en la segunda postguerra mundial. Las categorías jurídicas y los modelos de educación jurídica cambian en el nuevo sistema-mundo en una era digital en fase expansiva. Todo esto es relevante para la labor de los juristas iuscomparatistas, que no pueden limitarse a las interpretaciones unidireccionales y “ahistóricas”, pues de lo contrario la comparación jurídica —que lo es de sistemas y tradiciones jurídicas— quedaría desvirtuada para cumplir su función y utilidad en la perspectiva de la política del Derecho que inspirar el Derecho comparado y el método comparatista. Una actualización del lenguaje jurídico estandarizado —y en parte petrificado en algunos esquemas de comprensión desde perspectivas iuscomparatistas—, para materializar los discursos jurídicos sobre las derechos y capacidades humanas y afrontar el telón de fondo las desigualdades actuales (globales y nacionales) que están desprovistas de legitimidad.

Desde ese punto de vista más que de Estado cosmopolita (y de su correspondiente globalismo jurídico cosmopolita de orientación uniforme)

²⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Albacete, Bomarzo, 2009, capítulo 5 (“El enfoque de las “capacidades” como complementario del “enfoque de los derechos”), págs. 143-161, con particular referencia a las aportaciones de M. Nussbaum y A. Sen. Para la consagración internacional del derecho humano al desarrollo humano al desarrollo puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho al desarrollo (Artículo 28 DUDH; Artículo 1 del PIDESC; Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo y Normas Concordantes”, en MONEREO ATIENZA, C., y MONEREO PÉREZ, J.L. (DIRS.) *et alri: El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014, págs. 951-983, y la bibliografía allí citada.

debería hablarse a efectos de comparación jurídica de cultura y política cosmopolita en el marco del cual el Derecho comparado y el mundo más cosmopolita adquiere una función comunicativa y de convergencia de objetivos y regulaciones no enteramente uniformes, sino flexibles y dotadas de un ámbito de autonomía sobre un núcleo común vinculado a los valores fundamentales y a las reglas de juego jurídico y político; valores y reglas que deben respetar el pluralismo inherente al sistema-mundo actual²¹ (y atendiendo a la existencia real de comunidades de riesgos globales que en cuanto tales afectan —aunque de manera a veces desigual— a todos los Estados, a su poder de organización política y jurídica, es decir, a la confirmación y límites de sus respectivos sistemas jurídicos). Hay que retener los datos de la experiencia que muestran que una retórica universalista de pretensiones globalmente uniformizadoras puede esconder diversas formas o proyectos de dominación hegemónica también a través cauces jurídicos legitimadores y de neutralización del pluriverso de culturas jurídicas en el ámbito global. Esto no altera las *funciones ideal-típicas* del Derecho comparado y del método comparatista, pero sí las perfila y hace posible adaptarlas a las realidades cambiantes del universo jurídico plural en que la humanidad está instalada:

1º. Historia, filosofía y teoría general del Derecho. El Derecho comparado puede ser utilizado en las investigaciones concernientes a la historia, la filosofía o la teoría general del Derecho.

2º. Mejor conocimiento y perfeccionamiento del Derecho nacional. El Derecho comparado es útil para alcanzar un mejor conocimiento de nuestro derecho nacional y para enriquecerlo. El Derecho comparado constituye un instrumento indispensable para llevar a cabo la renovación de nuestra ciencia jurídica; debe servirnos para conocer mejor, comprender y profundizar en nuestro propio Derecho. Cuando los juristas se repliegan sobre su Derecho nacional, corren el riesgo de convertirse en simples técnicos, incapaces de dirigir, como es su misión, el desarrollo de su Derecho²². En esa dirección de pensamiento, hace notar, que “Pretender

²¹ Para esa noción de “sistema-mundo”, véase quien ha sido el artífice de dicha construcción histórica, BRAUDEL, F.: *Civilización material, economía y capitalismo, siglos XV-XVIII*, 3 Tomos, trad. Vicente Bordoy Hueso, Madrid, Alianza editorial, 1984.

²² DAVID, R.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (Derecho comparado)*, traducción de la 2ª ed. francesa, por Pedro Bravo Gala, Madrid, Aguilar, 1ª edición española 1968, 1ª reimpresión, 1973, pág. 9. Con referencia a su ensayo DAVID, R.: “Le rôle des juristes dans l’élaboration du Droit selon la conception traditionnelle du ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 185-244

encerrar la ciencia jurídica dentro de las fronteras de un Estado y querer exponerla o perfeccionarla sin tomar en cuenta la teoría y la práctica extranjeras no significa otra cosa que limitar las potencialidades del jurista para el conocimiento y la acción. El Derecho, en su condición de ciencia social, no puede, al igual que sucede con la historia, la economía, la teoría política o la sociología, ser estudiado exclusivamente desde una perspectiva nacional. El “nacionalismo jurídico” es más bien provincialismo, inconciliable con el auténtico espíritu científico, y representa un empobrecimiento y un peligro para el desarrollo y la aplicación del Derecho nacional”²³. Esta reflexión de David pone de relieve una concepción de la ciencia del Derecho, que se aparta decididamente del positivismo legalista y la configura como una *ciencia social* dotada de especificidad ciertamente, pero, al mismo tiempo, enmarcada en el cuadro general de las ciencias sociales y sus métodos respectivos más pluralistas. De aquí que postule una colaboración interdisciplinaria entre los distintos saberes sobre el Derecho (ciencia jurídica, sociología del Derecho, psicología jurídica, antropología jurídica, etcétera), la historia y las ciencias sociales en su conjunto²⁴.

3ª. Comprensión internacional; Derecho Internacional público. El Derecho comparado es útil para entender a los pueblos extranjeros y propiciar un mejor régimen en las relaciones internacionales. En esta época, esta tercera aspiración del derecho comparado es quizá la principal. El derecho comparado es también importante cuando se aspira a estrechar los vínculos de cooperación entre diversos países y a unirlos en el seno de una comunidad regional, como acaece en algunos países federales o en las formaciones políticas y económicas que ya existen en Europa y otros continentes. Una de las fuentes del derecho internacional público prevista por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia la constituyen los “principios generales del derecho, comunes a todas las naciones civilizadas”; la interpretación de esta fórmula debe hacerse sobre la base de derecho comparado.

“système de Droit romano-germanique”, en *Vom deutschen Recht zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle*, 1963, vol. I), págs. 359-370.

²³ DAVID, R.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (Derecho comparado)*, traducción de la 2ª ed. francesa, por Pedro Bravo Gala, Madrid, Aguilar, 1ª edición española 1968, 1ª reimpresión, 1973, pág. 9.

²⁴ Véase, desde la primera edición francesa mantenida en las ediciones posteriores, DAVID, R.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (Derecho comparado)*, traducción de la 2ª ed. francesa, por Pedro Bravo Gala, Madrid, Aguilar, 1ª edición española 1968, 1ª reimpresión, 1973; DAVID, R., Y JAUFFRET-SPINOSI, C.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, México, UNAM/IIJ/, 2010.

4^a. Derecho internacional privado. El Derecho comparado, necesario para el desarrollo y la aplicación del Derecho internacional, tiene una función igualmente preponderante que desempeñar en el Derecho internacional privado.

5^a. Unificación internacional del Derecho. Se puede procurar unificar las normas de conflicto de derechos; se debe conceder que frecuentemente es más sencillo o incluso preferible, desde una óptica pragmática propiciar un acuerdo sobre las mismas reglas de fondo en cuyo ámbito se encuentren una u otra categoría de relaciones de derecho. La unificación internacional del Derecho referente a las relaciones internacionales de Derecho constituye indiscutiblemente una de las grandes tareas de nuestra época, que organismos como UNIDROIT se han propuesto realizar. Es menester evitar la inseguridad en las relaciones de derecho internacionales. La unificación del derecho no intenta sustituir a los diferentes derechos nacionales por un derecho supranacional uniforme decretado por un legislador universal. Esto es ciertamente imposible, pero se puede sin duda mejorar gradualmente el régimen jurídico de las relaciones internacionales con métodos variados, como la confección de convenciones, la elaboración de “Principios” y la adopción de contratos o cláusulas tipos. El mundo actual requiere de una cierta unificación internacional, en determinados aspectos sustanciales, pero respetando las identidades de las diversas culturas jurídicas. Paradigmáticamente, los Estados miembros de la Unión Europea se han dado a esa tarea mediante la aplicación originaria del Tratado de Roma y los numerosos textos legales que derivan de ella²⁵, en el marco de un inacabado proceso constituyente de la Unión Europea, donde la misma unión jurídica no puede basarse en la desaparición de las tradiciones nacionales, sino más bien en las “tradiciones comunes” compartidas. Los “Principios relativos a los contratos del comercio internacional” redactados bajo los auspicios de UNIDROIT proponen hoy normas destinadas a ser aplicadas en el ámbito universal, por los agentes del comercio internacional²⁶. También existe un movimiento jurídico garantista que

²⁵ Reténgase actualmente la vigencia de las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras la reforma de los tratados llevada a cabo por el Tratado de Lisboa. “Diario Oficial de la Unión Europea” de 30 de marzo de 2010. <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00001-00388.pdf>.

²⁶ UNIDROIT, *Principles of international commercial contracts*, 1997. Estos principios han sido traducidos a más de veinte idiomas. Véase BONELL, J. (ED): *The ACDCT*, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 185-244

impulsa una intensificación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, estableciendo un sistema de garantías que van más allá de las fronteras de los Estados Nacionales.

6ª. Función de los comparatistas. El Derecho comparado está llamado a desempeñar una función relevante en la renovación de la ciencia del derecho y en la elaboración de un nuevo derecho internacional que pueda responder a las condiciones del mundo moderno. Por ello, los comparatistas no pueden circunscribirse a evidenciar recurrentemente la función que debe desempeñar el derecho comparado; les incumbe igualmente formar juristas aptos para cumplir, cada uno en su especialidad, con la tarea que les corresponda. El derecho comparado no puede reducirse al ámbito reservado de algunos juristas. Todos los juristas están convocados a interesarse en el derecho comparado, ya sea para comprender mejor su propio sistema de derecho, ya sea para intentar mejorarlo, o bien para convenir, de común acuerdo con los juristas de países extranjeros, reglas de conflicto o reglas de fondo uniformes que propicien una armonización de los diversos derechos. La inmensa mayoría de los juristas ha convenido en que el derecho comparado no es más que un método, el método comparativo, que puede servir a los fines variados que se propone; para otros, en cambio, cuya preocupación se centra en los mismos derechos extranjeros y en facilitar su comparación, en diferentes aspectos, con su derecho nacional, el derecho comparado se percibe como una verdadera “ciencia”; como una rama autónoma del conocimiento del derecho. Al margen de los juristas que hacen un simple uso del derecho comparado, existe también un lugar para los “comparatistas”, que abonan el terreno, a efecto de que otros puedan en sus variadas tareas, cosechar los frutos del método comparativo. En efecto, la comparación de los diferentes sistemas de derecho es una tarea ardua. Antes de aventurarse en ella, es preciso conocer las vicisitudes a las cuales se está expuesto, y la prudencia que debe observarse al internarse en este ámbito.

7ª. El derecho comparado y la sociología jurídica. Algunos juristas estiman que el derecho comparado es otra vertiente de la sociología jurídica. Con las debidas reservas que suscita esta aseveración, es necesario conceder que existen entre el derecho comparado y la sociología jurídica numerosos puntos de contacto y algunos ámbitos comunes. En primer término y al igual que la sociología, el derecho comparado debe determinar en qué grado y

UNIDROIT Principles in Practice, 2002. Este libro contiene una importante bibliografía relativa a los principios de UNIDROIT.

hasta que medida, el derecho determina el comportamiento de los hombres y el lugar que aquéllos reconocen al derecho como factor del orden social. Viviendo en sociedades en donde el derecho goza de una gran consideración y se le considera apto para regular los aspectos más variados de las relaciones sociales; se tiene por lo tanto una propensión natural a pensar que lo mismo acaece en los demás Estados, o por lo menos en todas las sociedades que han alcanzado un nivel de desarrollo comparable al propio. Se puede también estar inclinado a pensar que el derecho positivo es únicamente una realidad; esta aseveración olvida la antigua dualidad que existió durante siglos en estos países, entre el derecho que se enseñaba en las universidades y las reglas de derecho aplicadas por los tribunales para resolver controversias.

Es preciso que quien desee conocer un sistema de Derecho extranjero, tenga presente en su ánimo que el sistema de Derecho, tal y como aparece en sus fuentes formales, no constituye el único factor que sirve para moldear las relaciones sociales. Las reglas y procedimientos jurídicos que se consideren como esenciales pueden, en otro ámbito territorial, tener solamente una función complementaria, prácticamente imperceptible ya que son otros principios los que tienen la vocación de regular las relaciones sociales.

8ª. Las fuentes del Derecho. Enfocando el análisis en las fuentes formales del Derecho. Los distintos sistemas asignan una función muy diferente a la ley, a la costumbre, a la jurisprudencia, a la doctrina y a la equidad. Cuando se analiza un sistema de Derecho extranjero es necesario considerar que la concepción local relativa a las relaciones existentes entre las diferentes fuentes posibles de reglas de Derecho, no es la misma en todos los países, por lo que pueden también variar los métodos de razonamiento aplicados por los juristas para desentrañar las reglas de derecho y desarrollar un cuerpo normativo. Un Derecho puede tener un carácter religioso o sagrado y en este caso, ningún legislador podrá modificar sus reglas. En otro, la ley sólo constituye un modelo y se considera natural que la costumbre pueda derogarla. En otras partes, se les reconoce a las ejecutorias de la jurisprudencia de una autoridad que rebasa el ámbito de los que participaron en el proceso. En algunos órdenes jurídicos cuándo se recurre a determinadas fórmulas generales o ciertos principios superiores de justicia puede también hacer variar de modo más o menos extensivo, la aplicación estricta de las normas existentes.

9ª. La estructura del Derecho. Hace notar René David que la observación anterior es particularmente útil respecto a un último orden de diferencias entre los derechos, que le interesa al iuscomparatista resaltar. Los diferentes Derechos contienen respectivamente conceptos que expresan reglas de Derecho y categorías jurídicas que permiten ordenar dichas reglas. Incluso cada jurista, perteneciente a su respectivo sistema, concibe la regla de Derecho a su manera. Respecto a esos tres aspectos, los sistemas derechos o sistemas jurídicos evidencian diferencias y el análisis de cualquier sistema de Derecho determinado implica considerar las diferencias de estructura existentes entre el sistema de Derecho considerado y el propio. El equilibrio entre intereses opuestos y la reglamentación de justicia que el Derecho procura realizar puede, según los sistemas de Derecho, obtenerse por vías muy diversas.

En conclusión, atendiendo a las consideraciones precedentes, según piensa René David, *el Derecho comparado tiene una función preponderante que desempeñar en la ciencia del derecho. Aspira en efecto, en primer término, a instruir juristas sobre la función y significación del Derecho, aprovechando con ese propósito la experiencia de todas las naciones. Aspira también, en una óptica más pragmática, facilitar la organización de la sociedad internacional revelando las posibilidades de acuerdo y sugiriendo fórmulas para la regulación de las relaciones internacionales. Finalmente permite a los juristas de diversas naciones plantearse la posibilidad de una mejoría de sus sistemas de Derecho internos.* Para que el Derecho comparado cumpla con su función es necesario que los juristas, que pareciera ser cada vez más el caso, no se limiten al estudio de su propio Derecho nacional, sino que, en cada oportunidad propicia, recurran al método comparativo. La utilidad del Derecho comparado ha sido reiteradamente reconocida. Los trabajos de los iuscomparatistas que pretenden ampliar el ámbito de interés de los juristas y darles nuevamente el sentido de la universalidad, son todavía muy escasos. Muchos de nuestros actuales juristas, aun cuándo se percatan de la utilidad del Derecho comparado, se abstienen de emplear el método comparatista porque carecen de la formación necesaria de estudios de Derecho extranjero. René David, destacaba que las nuevas generaciones están en vías de recibir esta preparación; cada vez más conscientes de las realidades de nuestra era, sometidas al fenómeno de la globalización, las nuevas generaciones, no pueden seguir aceptando que la ciencia del derecho sea, como lo lamentaba Rudolf Von Ihering, reducida a los ámbitos de la jurisprudencia local. Tal vez es inevitable que los practicantes del Derecho, en su actividad cotidiana,

limiten su horizonte al Derecho nacional; sin embargo, no hay más ciencia del Derecho que la universal. El Derecho comparado es uno de los elementos de esta universalidad en la pluralidad, particularmente importante en nuestra época, que desempeña y está llamado aún más a desempeñar una función crucial en el conocimiento y el progreso del Derecho.

Debe destacarse, por otra parte, que René David no atribuye al Derecho comparado nada parecido a establecer modelos predictivos (que en cualquier caso serían poco fiables) encaminados a predecir el futuro de los sistemas jurídicos. Su función, a diferencia de esto, es más modesta, pues trata de establecer un conocimiento mutuo, un espacio de diálogo entre sistemas y culturas jurídicas, para un mejor entendimiento y también para contribuir a coordinar los esfuerzos encaminados a mejorar las regulaciones jurídicas.

De este modo, el Derecho comparado y el método comparatista interpela a los juristas en una sociedad internacional intensamente “juridificada” con derechos comunes y materias con pretensiones de universalidad (paradigmáticamente, las grandes declaraciones y normas internacionales de Derechos Humanos y Fundamentales). Y esto es tanto más importante y necesario cuanto se percibe que el cambio es consustancial a la tradición y a la cultura jurídica en su conjunto. La inmutabilidad es refractaria un derecho que por su propia naturaleza y fin debe ser dinámica y flexible para responder a las exigencias a las que obedece. La misma idea de flexibilidad, entendida en sentido amplio, se puede decir que es consustancial al Derecho.

Por otra parte, René David subraya la diversidad y multiplicidad de los Derechos en el mundo contemporáneo. En nuestro mundo, cada Estado posee un derecho propio y a menudo diversos derechos se aplican simultáneamente dentro de un mismo Estado. Algunas comunidades no estatales poseen igualmente su Derecho: derecho canónico, derecho musulmán, Derecho hindú, Derecho judío. Existe también un Derecho internacional cuya vocación es regular, a nivel universal o regional, las relaciones entre Estados y el comercio internacional. El objeto de este libro es proponer una guía que permita transitar en esta diversidad, y facilitar la tarea al jurista que por alguna razón esté interesado en conocer uno u otro derecho extranjero.

La tarea de comparación jurídica que se realiza en toda la obra de René David es de gran complejidad por distintos motivos. Los diversos sistemas de Derecho se expresan en idiomas múltiples, conforme a técnicas diversas, elaboradas por sociedades cuyas estructuras, creencias y costumbres son igualmente muy variadas. Esta sola multiplicidad dificulta la realización de una síntesis realmente satisfactoria para dar cuenta de los necesarios matices en la comparación jurídica. En efecto, observa René David, aun cuando el mundo contemporáneo cuenta con múltiples sistemas jurídicos, es posible clasificarlos en un número limitado de familias en sentido tipológico, por lo que el objetivo de una clasificación funcional puede alcanzarse sin tener que detallar cada sistema de Derecho, exponiendo las características generales de algunas familias existentes en el mundo contemporáneo a las cuales unos y otros se vinculan²⁷.

La multiplicidad de los sistemas jurídicos es una realidad que no ha hecho sino incrementarse a lo largo del tiempo, muy lejos de simplificarse como en algún momento se pudo pensar. La realidad del Derecho en el mundo nunca pueda uniforme. Pero en relación a ello, René David se sitúa en una perspectiva decididamente contraria al positivismo legalista, el cual encuentra insuficiente e inadecuado para atender a la complejidad de un sistema de Derecho que no se limita al dato normativo en sí (elemento estructural del Derecho), sino que tiene que atender a otros factores, y muy especialmente a la cultura jurídica de cada país; la cual, por otra parte, no es estática, sino que presente un visible carácter dinámico, porque está en permanente o constante evolución según el sentido de los pueblos y del orden político que organiza la comunidad política. David se muestra próximo a las posiciones del normativismo realista al estilo del pensar de Roscoe Pound (1870-1964)²⁸, que, es el gran artífice de la llamada

²⁷ DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, edición, traducción y notas por J. Sánchez Cordero, con la colaboración de A. Sánchez-Castañeda, México D.F., editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, pág. 27.

²⁸ Aunque hay que tener en cuenta que el realismo normativista de la “jurisprudencia sociológica” no se puede confundir con el realismo jurídico como corriente de pensamiento. Al respecto, GURVITCH, G.: *Elementos de sociología jurídica*, edición y estudio preliminar, “Pluralismo jurídico y Derecho Social: La sociología del Derecho de Gurvitch” (pp. XIII-CXLVI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, espec., págs. 3 y sigs., y págs. 30-31, distinguiendo –también respecto a Roscoe Pound, entre “teoría sociológica del Derecho” (traducible en el caso de Pound, en “jurisprudencia sociológica”) y la distinta “sociología jurídica”. Resulta harto significativo el Prólogo de Pound a la traducción inglesa de la sociología del derecho de GURVITCH, G.: *Sociology of Law*, Londres, 1947. Para el pensamiento jurídico y no sólo ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 185-244

“jurisprudencia sociológica” (llamada a superar el formalismo extremo del positivismo legalista) y, significativamente, un jurista que se tomaba en serio, practicaba e impulsaba el Derecho comparado y el método comparatista. Junto con importante precedente Oliver Wendell Holmes (1841-1935), que ejerció un papel fundacional en el pensamiento jurídico de los Estados Unidos de América, fueron artífices de una lucha contra el formalismo jurídico de matriz propia del positivismo legalista (esto es, del formalismo como corriente del pensamiento jurídico y no como rasgo inherente del Derecho)²⁹.

Ciertamente, esto explicaría alguna resistencia de ciertos sectores doctrinales del positivismo legalista (que no es todo el positivismo, pues existe un positivismo crítico abierto y toda una escuela analítica que había superado los postulados originarios del positivismo legalista)³⁰. Hay aquí una reacción al positivismo legalista, que es compartida entre los iuscomparatistas. La comparación ha venido unida a una crítica al aislacionismo jurídico y a la orientación nacionalista del iuspositivismo, como el propio René David había hecho notar. Este planteamiento antiformalista y de superación de las fronteras del ámbito de lo jurídico que propiciaba el Derecho comparado y el método comparatista se sumaba a las

sociológico de Guvitch, puede consultarse, *in extenso*, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Democracia pluralista y Derecho Social. La teoría crítica de Georges Gurvitch*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2021. Roscoe Pound cultivó el Derecho comparado, apreciando en él virtualidades imprescindibles para el conocimiento y aprendizaje mutuo de la experiencia en distintos sistemas jurídicos nacionales. Puede consultarse, POUND, R.: *Social Control Through Law*, New Haven, 1942, 2ª ed., 1968; y uno de sus libros clásicos, de base realmente comparatista (aunque no explicitada), POUND, R.: *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad., y estudio preliminar por J. Puig Brutau, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004, paradigmática, págs. 5 y sigs., aunque el espíritu comparatista insufla toda esta obra. Asimismo, POUND, R.: *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, edición crítica y estudio preliminar sobre, “La ‘jurisprudencia sociológica’ de Roscoe Pound: la teoría del Derecho como ingeniería social” (pp. IX-LXXXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004; POUND, R.: *El Espíritu del Common Law*, Barcelona, 1956.

²⁹ WENDELL HOLMES, O.: *The Common Law*, traducción de Fernando N. Barrancos y Vedia, revisión, edición y estudio preliminar, “La crítica iusrealista del formalismo jurídico de la cultura del «Common Law» tradicional: la concepción funcional e instrumental del Derecho de Oliver Wendell Holmes” (pp. IX-XLIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2020.

³⁰ Por ejemplo, TUORI, K.: *Positivismo crítico y derecho moderno*, México D.F., Fontamara, 1998, el cual pone de manifiesto, entre otras cuestiones de interés, las limitaciones del positivismo legalista tradicional en sus distintas versiones.

amplias corrientes disruptivas respecto a las tareas asignadas tradicionalmente al Derecho³¹. El positivismo legalista reduce el Derecho a la Ley y la actividad del jurista a su interpretación técnica con exclusión del contexto, fines y posible adaptación y actividad creativa en la resolución de casos³². El Derecho no se agota en la normatividad positiva.

René David subraya la complejidad y relatividad de los criterios de clasificación a efectos comparativistas “en familias” sujetas a tradiciones propias; una clasificación de los sistemas de Derecho en familias. A este propósito entiende que se considera el tenor y el contenido de las reglas de Derecho, la diversidad de los sistemas de Derecho es infinita. Es mucho menor en cambio sí se examina los elementos fundamentales y estables que permiten desentrañar las reglas, interpretarlas y precisar su valor. Las reglas de Derecho pueden ser infinitamente variadas; por el contrario, las técnicas para enunciarlas, la manera de clasificarlas y las formas de razonamiento para interpretarlas se reducen a unos cuantos tipos limitados en su número. Esto hace posible la clasificación en “familias” de los diferentes sistemas de Derecho; al igual que en otras ciencias, si se desatiende diferencias secundarias y específicas peculiaridades significativas, se reconoce la existencia de familias en materia de religión (Cristianismo, Islam, Hinduismo, entre otros), de lingüística (lenguas romanas, eslavas, semíticas, nilóticas, entre otras) o de ciencias naturales (mamíferos, reptiles, pájaros,

³¹ MUIR WATT, H.: «La fonction subversive du droit comparé», en *Revue internationale de droit comparé*, 52.3 (2000), págs. 503 y sigs.

³² En una perspectiva próxima a estos planteamientos se ha hecho notar la profunda vinculación del Derecho con las raíces de la sociedad, porque, antes que mandato, el Derecho es una mentalidad; es decir, expresa la costumbre y la ordena, expresa los valores de una civilización y ordenándola, en cierto sentido, la salva. Por eso, y sin olvidar los nexos entre Derecho y poder, lo que, sobre todo, es necesario analizar el Derecho que ordena la vida cotidiana de los individuos; ese mosaico que se suele llamar "Derecho privado", compuesto de donaciones, testamentos, compra-ventas, apropiaciones de bienes, relaciones laborales, etcétera, esto es, de las instituciones que permiten la convivencia pacífica de todos nosotros. En esta perspectiva importan el pluralismo de las fuentes del Derecho y también realzar el papel protagonista de los juristas –operadores jurídicos- a lo largo del desarrollo histórico de los sistemas jurídicos. Véase, en este sentido, GROSSI, P.: *Europa y el Derecho*, trad. Luigi Giuliani, Prefacio de Jacques Le Goff, Barcelona, Crítica, 2007; GROSSI, P.: *De la Codificación a la globalización del Derecho*, Presentación y trad. Rafael D. García Pérez, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters, 2010; GROSSI, P.: “Caracteres de la experiencia jurídica posmoderna”, en *CJH 16-17* (2018-2019).

<https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/114897/CARACTERES%20DE%20LA%20EXPERIENCIA%20JUR%C3%8DDICA%20POSMODERNA.PDF?sequence=1&isAllowed=y>

batracios, entre otras). Al reducirlos a un número restringido de tipos y clasificar los derechos en familias se facilita la presentación y comprensión de los diferentes derechos del mundo contemporáneo.

Subraya René David que no existe, sin embargo, ningún consenso que prescriba como efectuar esta clasificación y saber cuáles son en consecuencia, con precisión, las diferentes familias de sistemas de Derecho que es posible reconocer. Esta reflexión de nuestro autor es importante para comprender su concepción abierta y flexible respecto de los confines de las “familias jurídicas” y “tradiciones jurídicas”. Señala que algunos autores fundan sus clasificaciones sobre la estructura conceptual de los derechos o sobre la importancia que se le confiere a las diferentes fuentes de derecho. Otros consideran que esas diferencias de orden técnico tienen un carácter secundario y ponen en relieve consideraciones de fondo, *verbi gratia*, la clase de sociedad que se pretende establecer mediante el orden normativo o el lugar que se le reconoce al derecho como factor del orden social. No obstante que esas discusiones han provocado debates muy extensos, carecen en gran medida de sentido. La noción de “familia de derechos” no corresponde a una realidad biológica; se recurre únicamente a ella con fines didácticos, para evidenciar las coincidencias y las diferencias existentes entre los diferentes sistemas de derecho. Si esto es válido, todas las clasificaciones deben ser juzgadas en sus propios méritos y ninguna está al abrigo de críticas. Todo depende del marco de referencia en que se desarrolle el análisis y de la preocupación dominante del juscomparatista. Las mismas clasificaciones variarán si se pretende un enfoque universal o limitado al ámbito europeo; de la misma manera variarán según se adopte un enfoque sociológico o jurídico. Se podrán efectuar otras clasificaciones según se centre el análisis sobre el derecho público, el derecho privado o sobre el derecho penal. Esto explica porque nos abstendremos aquí de toda polémica con los autores que han propuesto diversas clasificaciones. Los paralelismos puntuales que pueden existir ahora en algunas partes del mundo no controvierten la clasificación de los sistemas, necesaria para cualquier intento de comprensión de los derechos extranjeros.

Para él, *de manera pragmática*, este análisis se ha de limitar en primer lugar y brevemente a poner de relieve las características esenciales que permiten reconocer, en el mundo occidental contemporáneo, *dos grupos de derechos principales*: la familia romano germánica y la familia del “common law”. En las ediciones precedentes de esta obra se mencionaban a una tercera familia, la del Derecho de los antiguos países socialistas. Los

cambios ocurridos en la antigua URSS y en las antiguas democracias populares y la voluntad de esos antiguos países socialistas de incorporarse a una economía de mercado y a una democracia constitucional, ya no justifican más el reconocimiento de una familia de Derecho socialista. Sin embargo, el Derecho ruso pudiera parecer en la actualidad como un Derecho particular, justificando su estudio separado. La clasificación entre familia romano-germánica y la familia del common law, con abstracción de su valor o expansión, distan mucho de dar cuenta de toda la realidad del mundo jurídico contemporáneo. Al margen de las concepciones que representan, o la combinación de ambas, otras maneras de visualizar la organización de la sociedad persisten y siguen siendo determinantes en un gran número de sociedades³³.

Se comprueba, en este enfoque, cómo René David se aleja de una concepción dogmática estricta y adopta una posición pragmática y relativista que no pretende absolutizar lo que consideraría una clasificación meramente instrumental (y llegado el caso modificable en lo que fuese preciso) para facilitar la comparación, sabiendo que las influencias son mutuas y que hay elementos compartidos y diferencias específicas en dichas tradiciones de cultura jurídica. La clasificación y sistematización jurídica está al servicio y es funcional respecto de los fines de la ciencia jurídica, en particular del Derecho comparado.

René David distingue en términos de lo que suele considerarse la *summa divisio* del Derecho comparado entre la tradición romano-germánica y la tradición anglo-americana, pero, nótese, que lo hace siendo consciente de que no se trata de una distinción rígida y que existen puntos de contacto y de convergencia entre las dos tradiciones y tanto más intensas en una sociedad contemporánea como la nuestra caracterizada por la intensificación de la mundialización (economía-mundo, en los términos históricos de la *longue durée* -“larga duración” de los procesos diacrónicos en el desarrollo histórico- de Ferdinand Braudel)³⁴, que han conducido al proceso de globalización económica, social, política, cultural y en gran medida jurídica). En esta fase de intensificación del proceso de mundialización se

³³ DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, edición, traducción y notas por J. Sánchez Cordero, con la colaboración de A. Sánchez-Castañeda, México D.F., editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, págs. 28-29.

³⁴ Aparte de la cita hecha anteriormente, véase BRAUDEL, F.: *Civilización material, economía y capitalismo, siglos XV-XVIII*, 3 Tomos, trad. Vicente Bordoy Hueso, Madrid, Alianza editorial, 1984.

han puesto en tensión instituciones ya existentes (ONU, y su Consejo de Derechos Humanos y el Alto Comisionado de Derechos Humanos; el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos, los Comités de Derechos Sociales de la Naciones Unidas y de la Carta Social Europea Revisada y su Comité de Derechos Sociales, etcétera), y se ha tratado de reforzar el sistema internacional multinivel de los derechos humanos; se ha intensificado el proceso de integración supranacional, cuya expresión más relevante es la consolidación actual de la Unión Europea, como nuevo espacio de decisión geopolítica (también sometido a fuertes tensiones en la dialéctica los sistemas de regulación de la constitución económica europea y de la débil constitución social de la Unión). Por otra parte, emergen nuevas fuentes extraestatales como las de la nueva “ley mercatoria”, que no se atiene a las legislaciones nacionales que encuentran enormes dificultades para hacer frente un derecho económico (pero también con repercusiones en el Derecho del Trabajo) que no queda bajo su control (porque es la expresión de un poder de autorregulación de los grandes complejos empresariales) y que, sin embargo, les condiciona de manera determinante. Ciertas ideologías neoliberales cuestionan no sólo el Estado Social de Derecho y sus sistemas de protección sociolaboral, sino también el mismo Estado de Derecho (afectando a sus principios fundamentales, como la separación de poderes; la seguridad jurídica; los principios del garantismo penal, que encuentra su expresión en el llamado Derecho penal del enemigo, etcétera). En este contexto el derecho comparado permite contrastar, aprender y coordinar posibles respuestas a un problema común para la mayoría de los Estados que no tienen la condición de potencias mundiales. Aquí también el Derecho comparado permite el conocimiento de las experiencias legislativas y también la articulación de lo que siempre ha sido la realidad del Derecho, a saber: la lucha constante por el Derecho justo, como señalara Ihering)³⁵.

En este sentido, la gran “familia romano-germánica” congrega a los países, cuyo sistema jurídico se formó sobre la base del sistema de Derecho romano. En esos países, las reglas de Derecho se conciben como normas de conducta estrechamente vinculadas a preocupaciones de justicia y de moral.

³⁵ IHERING, R. von: *La lucha por el derecho*, trad. de Adolfo Posada y prólogo de Leopoldo Alas, estudio preliminar, “Ihering y la lucha por el Derecho” (págs. VII-XXXI), a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), Granada, 2008; IHERING, R. von: *El fin en el Derecho*, trad. Diego Abad de Santillán, edición crítica y estudio preliminar, “El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho” (págs. VII-LVII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1ª ed., 2000, 2ª edición, 2011.

La tarea esencial de la ciencia del Derecho es determinar cuáles deben de ser esas reglas jurídicas. Durante mucho tiempo la doctrina descuidó la aplicación del Derecho que era un asunto propio de los practicantes del Derecho y de la administración. Pero el estado de cosas cambió sustancialmente y en la actualidad, la doctrina se interesa frecuentemente, tal vez en exceso, en la jurisprudencia. Desde el siglo XIX, en la familia romano-germánica, se le atribuye a la ley una función preponderante; los diferentes países pertenecientes a esta familia han adoptado la fórmula de “códigos”. Caracteriza asimismo a la familia romano-germánica el hecho de que esos sistemas jurídicos fueron elaborados, atendiendo a razones históricas, para regular las relaciones entre los individuos. Las otras disciplinas del Derecho se desarrollaron subsecuentemente y con menos perfección técnico jurídico a partir de los principios originarios del “Derecho civil”, que continuaron siendo durante largo tiempo la referencia típica de la ciencia jurídica. La familia plural del derecho romano-germánico tiene su origen histórico en el espacio geopolítico europeo.

Por el contrario, la familia del “common law” es la segunda gran familia jurídica. Ella abarca el Derecho de Inglaterra y los derechos que se moldearon sobre el Derecho inglés. La descomposición del imperio inglés tendría al tiempo consecuencias disolventes importantes sobre esas similitudes paradigmáticas. El “common law” presenta características tradicionales muy diferentes a las de la familia de los sistemas de derecho romano-germánico. El Derecho del “common law” se formó por los jueces que tenían que resolver las controversias de particulares y continúa teniendo hasta nuestros días la marca ostensible de ese origen. La regla de Derecho del “common law”, menos abstracta que la regla de derecho de la familia romano-germánica, tiene como principal aspiración darle solución a una controversia y no a la formulación de una regla general de conducta para el futuro. Tradicionalmente las reglas de derecho concernientes a la justicia, al procedimiento, a las probanzas y a la ejecución de las decisiones provenientes de la administración de justicia son las más relevantes para los abogados del “common law”, no así las reglas relativas al fondo del derecho. Su preocupación inmediata no es determinar las bases de la sociedad, sino el restablecimiento del orden alterado. Por último, el “common law” se encuentra desde sus orígenes, vinculado al poder real. El desarrollo del sistema de Derecho “common law” se propiciaba justamente en situaciones en que la paz del reino se veía amenazada o cuando alguna otra consideración importante exigía o justificaba la intervención del poder real. En su origen, tiene la apariencia de ser esencialmente un Derecho

público. Las disputas entre particulares únicamente podían someterse a las Cortes del sistema de Derecho “common law” cuando amenazaban de alguna manera el interés de la Corona o del reino. La formación y desarrollo del “common law”, especie de derecho público que tiene su origen en el procedimiento; la ciencia de los romanistas, fundada a su vez en el derecho civil, fue más bien limitada. Las clasificaciones del “common law”, los conceptos jurídicos a los que recurre y la terminología de los practicantes del “common law” difieren totalmente en sustancia de las clasificaciones y de los conceptos jurídicos, así como del vocabulario de los juristas de la familia romano-germánica. Al igual que los derechos romano-germánicos, el “common law” conoció una expansión considerable en el mundo entero como efecto de las mismas causas, es decir: colonización o recepción. Se puede por consiguiente hacer las mismas observaciones respecto a la familia del “common law” que respecto a la familia romano-germánica. Aquí también resulta conveniente distinguir el “common law” en Europa (Inglaterra, Irlanda) y fuera de Europa. Fuera de Europa, verbi gratia en algunos países islámicos o la India misma, pudo suceder que el “common law” haya sido sólo parcialmente recibido. Una vez recibido, importa precisar los efectos de su coexistencia con tradiciones de civilizaciones anteriores en la aplicación del Derecho. Adicionalmente un entorno diferente pudo también provocar una diferenciación profunda del “common law” en el país de origen y el país de importación. Esta última observación es de una gran relevancia en los sistemas de derecho pertenecientes a la familia del “common law”, como en los Estados Unidos de América, Canadá o Australia, en donde se formó una civilización en muchos aspectos muy diferente de la inglesa y por ende en donde el sistema de derecho reivindica una amplia autonomía en el mismo seno de la familia del “common law”³⁶.

Pero René David no ignora ni descuida en absoluto las fuertes conexiones históricas y actuales entre las dos grandes tradiciones (concebidas, en el fondo, como tipos ideales maxweberianos³⁷): Entiende

³⁶ DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, edición, traducción y notas por J. Sánchez Cordero, con la colaboración de A. Sánchez-Castañeda, México D.F., editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, págs. 30-31.

³⁷ Véase WEBER, M.: "Soziologische Grundbegriffe", en WEBER, M.: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, compilado por Johannes Winckelmann, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1988, págs.541–581. Según Max Weber un tipo ideal está formado por la acentuación unidimensional de uno o más puntos de vista y por la cantidad de síntesis de fenómenos concretos difusos, los cuales se colocan según estos

ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 185-244

que existen relaciones penetrantes entre esas dos familias. Los países de Derecho romano-germánico y del “common law” *tuvieron entre ellos numerosos contactos al paso de los siglos*. En todos los países el Derecho fue influenciado por la moral cristiana y a partir del Renacimiento, las doctrinas filosóficas prevalecientes pusieron en el primer plano al individualismo, al liberalismo y a la noción de “derecho subjetivo”. El “common law” mantiene en la actualidad una estructura muy diferente a la estructura del sistema romano-germánico; la función, empero, asumida actualmente por la ley y la importancia del derecho comunitario europeo tiende a aproximar los métodos empleados en ambos sistemas. Especialmente la regla de Derecho tiende cada vez más a conceptuarse en los Estados del “common law” de la misma manera que en los países pertenecientes a la familia romano-germánica. Respecto al fondo, las dos familias proponen y materialización en el Derecho positivo, con frecuencia, soluciones bastante similares, inspiradas en una misma idea de justicia. La propensión de concebir una familia de Derecho occidental es cada vez mayor cuando existen algunos derechos en ciertos países, respecto a los cuales resulta muy cuestionable determinar su pertenencia a una familia específica ya que han tomado algunos elementos de la familia romano-germánica y otros de la familia del “common law”. Entre otros se pueden mencionar los sistemas de derechos de Escocia, Israel, la Unión Sudafricana, la provincia del Québec, en Canadá, y Filipinas que participan de esos derechos llamados “mixtos”.

La que fuera “familia de los derechos socialistas”, quedó en el olvido y los Estados concernidos han perdido toda connotación socialista relevante, incluido el Derecho ruso. Hasta 1989, los derechos socialistas representaban una tercera familia, distinta de los dos precedentes. Los antiguos países socialistas eran aquellos países que habían pertenecido en tiempos pasados a la familia del derecho romano-germánico y que habían conservado algunas de sus características. Así, la regla de derecho fue considerada como una regla general de conducta y las clasificaciones del derecho y la terminología de los juristas continuaron siendo en gran medida tributarias de la ciencia jurídica sustentada sobre los principios del derecho

puntos de vista enfatizados de manera unilateral en una construcción analítica unificada. Pero esta construcción mental, puramente conceptual, no puede ser encontrada empíricamente en la realidad, pues constituye una abstracción de ésta. sobre el tipo ideal; sobre su pensamiento sociológico jurídico, puede consultarse, PÉREZ, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, espec., págs. 55 y sigs. (sobre la “sociología como ciencia comprensiva” y la “sociología del Derecho como ciencia social”).

romano debido a la obra de las universidades europeas. Pero paralelamente a estas similitudes existían diferencias de tal importancia que resultaba legítimo considerar que los derechos socialistas se habían independizado de la familia romano-germánico y constituían una familia de sistema de derecho distinta. La doctrina oficial sustentada en la doctrina marxista-leninista que gobernaba a estos derechos, sostenía que los gobernantes de los antiguos países socialistas querían construir un nuevo tipo de sociedad en donde ya no hubiera Estado ni derecho. Se instauró una nueva estructura económica, todos los medios de producción fueron colectivizados y el derecho privado perdió su preeminencia en beneficio del derecho público. La familia del derecho socialista que se originó en la antigua Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) en donde prevalecieron esas concepciones, desarrolló después de 1917, un sistema de Derecho original. Esta familia jurídica se extendió después de la segunda guerra mundial a los países de Europa Central y del Este y a los Balcanes, dominados por la antigua URSS, así como a Corea del Norte y Vietnam en Asia, y Cuba en América Latina.

Sin embargo, los acontecimientos sucedidos en 1989 en el Este de Europa (que incluye a Rusia) después de la caída del Muro de Berlín desembocaron en la fragmentación y desaparición de la antigua URSS y en la emergencia de un nuevo Estado: el Estado de la Federación Rusa. Las antiguas “democracias populares” abandonaron muy pronto también el sistema del régimen socialista (el llamado “socialismo real” autoritario, que no podía ser considerado socialismo democrático³⁸). Todos los antiguos

³⁸ Véase PASUKANIS, E.B.: *Teoría general del Derecho y marxismo*, Presentación de V. Zapatero, Barcelona, Labor, 1976; STUCKA, P.I.: *La función revolucionaria del Derecho y del Estado*, Prólogo de J.R. Capella, Barcelona, Eds. Península, 1969. Para su crítica se hace remisión a la obras de MARCURSE, H.: *El marxismo soviético (1958)*, Madrid, Alianza Editorial, 4 ed., 1975; CERRONI, U.: *El pensamiento jurídico soviético*, trad. M. de la Rocha y V. Zapatero, Madrid, Edicusa, 1977; CERRONI, U.: *Marx y el Derecho moderno*, Buenos Aires, Jorge Álvarez, 1965; LUKIC, R.: *Théorie de l'Etat et du droit*, trad. francesa de M. Gjidara, París, Dalloz, 1974; ATIENZA, M. y RUÍZ MANERO, J.: *Marxismo y filosofía del Derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 1993, págs. 74 y sigs. Para el pensamiento jurídico de Pasukanis, Stucka, Vysinskij y el propio Marx, puede consultarse, ampliamente, RIPEPE, E.: *Alla ricerca della concezione marxista del Diritto*, Torino, G. Ciappichelli editore, 1987, Pasukanis (págs. 13 y sigs.), Stucka (págs. 95 y sigs.) y Vysinskij (págs. 147 y sigs.), y Marx (págs.209 y sigs.); BENJAMIN, W.: *Angelus novus*, trad. H. A. Murena, revisión, edición y estudio preliminar, “La filosofía política de Walter Benjamin” (págs. IX-CIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2012; GRAMSCI, A.: *Materialismo histórico, filosofía y política moderna*, edición y estudio ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 185-244

países socialistas se insertaron en la vía de una economía de libre mercado y de orientación política (neo)liberal. Se adoptaron algunas codificaciones. Existen indicios que apuntan que la Federación Rusa se está reintegrando de alguna manera a la familia romano-germánica; sin embargo, el derecho ruso presenta cierta originalidad y peculiaridades importantes; y, por tanto, persisten las diferencias significativas; ya que casi un siglo de “Derecho socialista” ha dejado huellas que tardarán mucho en desaparecer. El Derecho ruso, debido a su originalidad y a la importancia de ese país en el mundo, es tratado con cierta profundidad en la obra de René David. Es hoy en día un Derecho particular, aun cuando exista la posibilidad lejana de que se integre en un futuro indeterminado a la familia romano-germánica.

René David, consciente de las limitaciones de la clasificación en las dos grandes familias jurídicas referidas, establece una última clasificación totalmente heterogénea que agrupa a países con sistemas jurídicos enteramente distintos. Advierte precisamente que las familias romano-germánica y del “common law” son sin lugar a duda las dos principales familias jurídicas existentes —como tipos ideales de clasificación— en el mundo contemporáneo. Para expresarlo en alguna forma, no existe en el mundo ningún derecho que no haya incorporado alguno elemento proveniente de una u otra de estas dos familias; de ahí no debe concluirse, empero, una forma de preeminencia del sistema de derecho occidental. Todos los países concedieron, en un momento determinado, un lugar a las ideas occidentales porque les pareció necesario para la conservación de su independencia y la realización de determinados progresos; esto no significa que los hombres del mundo contemporáneo hayan con ello repudiado las concepciones, generalmente aceptadas, de visualizar los problemas en su sociedad. Deja constancia que de que hay que evitar jerarquizaciones de rango de sistemas jurídicos, puesto que *la comúnmente considerada superioridad técnica de los sistemas jurídicos de Occidente no conlleva la superioridad en bloque de la civilización occidental*³⁹. El mundo islámico, la India, el Lejano Oriente y África distan

preliminar, “La construcción de la hegemonía en Gramsci: la política como lucha por la hegemonía” (págs. IX-CI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2017; REICH, N.: *Mercado y Derecho*, trad. de A. Font Ribas, Ariel, 1975; BOURDIEU, P.: “La fuerza del Derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico”, en *Poder, derecho y clases sociales*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000, págs. 165-223; BARCELLONA, P.: *Diritto privato e processo economico*, 3ª ed., Napoli, Jovene Editore, 1996; HABERMAS, J.: *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

³⁹ DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, edición, traducción y notas por J. Sánchez Cordero, con la colaboración ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 185-244

mucho de adherirse sin reserva alguna a la civilización occidental; en algunos países se le visualiza incluso, en algunas ocasiones, con cierta hostilidad. Estos países han continuado con una gran fidelidad a sus concepciones en las que el sistema de derecho se entiende de modo muy distinto o no está destinado a desempeñar la misma función que en Occidente. Los principios a los cuales las sociedades no occidentales se refieren son de dos tipos: en uno de ellos se le reconoce al derecho un valor eminente, pero es concebido de manera diferente que en Occidente; en el otro por el contrario la noción misma de derecho se ve rechazada y se pretende regular las relaciones sociales fuera del ámbito formal del derecho. El primero de estos principios prevalece en los sistemas de Derecho islámico, hindú o judío, en tanto que el segundo se inserta en los sistemas de Derecho del Lejano Oriente y también de África⁴⁰.

Como se puede apreciar René David parte de tres elementos importantes: por un lado, la constatación de que históricamente esas relaciones e interinfluencias existieron siempre —aunque con intensidad variable, mayor o menor respecto a determinados rasgos y configuración de las instituciones jurídicas—; y por otro, que esa interrelación no ha hecho sino incrementarse a lo largo del tiempo en sociedades, como las actuales, presididas por una creciente internacionalización y mundialización; un proceso que no se limita a incidir en las regulaciones del Derecho de la economía y de la competencia y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino que también afronta problemas vinculados a la regulación de los movimientos migratorios de la era contemporánea. Finalmente, no se desconoce la especificidad de cultura jurídica de otros países sujetos a otras tradiciones históricas; y, ante todo, que la considerada, de ordinario, superioridad técnica jurídica del Derecho occidental no supone en absoluto una superioridad en bloque y con carácter indiferenciado de la civilización occidental.

René David, con todo, se puede comprender que mantiene (y que ello continua en su libro continuado en coautoría y reeditado tras su fallecimiento) que el Derecho del que se ocupa el iuscomparatista es el

de A. Sánchez-Castañeda, México D.F., editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, págs. 31-32, con referencia a la obra de BESSIS: *L'occident et les autres*, París, La Découverte, 2001.

⁴⁰ DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, edición, traducción y notas por J. Sánchez Cordero, con la colaboración de A. Sánchez-Castañeda, México D.F., editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, págs. 31-33.

producido todos los operadores jurídicos que se ocupan de esa tarea (y referido tanto a normas públicas como de carácter extra-estatal); y, asimismo, también presta atención en su quehacer al conjunto de reglas *sociales* que rigen igualmente las relaciones intersubjetivas e institucionales. El análisis comparatista debe dar cuenta del contexto y realidad social, donde se forja también la cultura jurídica externa al Derecho formal emanado de los poderes públicos. Esto supone que el comparatista ha de tomarse en serio el pluralismo jurídico y social a efectos de acometer la ardua tarea de la comparación jurídica entre los sistemas jurídicos y sus instituciones fundamentales.

Una *comprensión explicativa* del Derecho exige analizar no sólo la estructura de las normas sino también su función y conexión con el conjunto de la sociedad y con otros tipos de normas que coexisten con las normas jurídicas, como es el caso de las reglas o normas sociales y la cultura imperante en un determinado espacio geopolítico definido. Y este es el tipo de conocimiento que requiere el Derecho comparado, que tiene que dar cuenta de la complejidad del fenómeno jurídico. De este modo, junto a las fuentes formales del Derecho nos encontramos los poderes y fuerzas sociales no sólo con capacidad para ser efectivamente fuentes “extralegislativas” (éstas también son fuentes formales, pero no remitidas al poder público; por ejemplo, la autonomía colectiva como fuente de producción social-convenio colectivo como su expresión jurídico-formal típica en sentido positivo-traslativo; artículo 37.1 de la Constitución Española), sino a fuentes materiales del Derecho y que impulsan su desarrollo en determinadas direcciones, pero que también crean prácticas y reglas sociales (“normas sociales”, no estrictamente jurídicas, aunque determinan conductas, normalmente sin exigencias de coerción)⁴¹. Esto permite entender que la labor del Derecho comparado y del método comparatista exige la premisa de una previa concepción del Derecho y del fenómeno jurídico en general, por un lado, y por otro, que la comparación no puede limitarse a las estructuras y funciones internas del orden jurídico, sino que tiene que atender también a las instituciones sociales que

⁴¹ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Conocimiento y crítica del Derecho. Por una teoría comprensiva y explicativa del derecho”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 37 (2007), págs. 11-52; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Por una teoría comprensiva y explicativa del Derecho”, en *El pensamiento jurídico: pasado, presente y perspectiva. Libro homenaje al Prof. Juan José Gil Gremades*, ELÓSEGUI ITXASO, M. y GALINDO AYUDA, F. (Coordinadores.), Zaragoza, Editores El Justicia de Aragón, 2008, págs. 689-740.

intervienen en la vida del Derecho⁴². Por otra parte, al hacer referencia a los sistemas jurídicos se quiere afrontar su inserción en los modelos culturales y experiencias en toda la complejidad del fenómeno jurídico.

Por su parte, la tradición jurídica puede ser definida estipulativamente y desde un punto de vista instrumental como el conjunto de actitudes profundamente arraigadas e históricamente condicionadas en relación a la naturaleza del Derecho (en su doble dimensión estructural y funcional), sobre el papel del Derecho en la sociedad y la política, sobre la

⁴² Para el papel de las instituciones en la vida del Derecho, constituyen referencias clásicas del pensamiento institucionalista, HAURIUO, M.: *Principios de Derecho Público y Constitucional*, trad., y estudio preliminar, notas y adiciones, por Carlos Ruiz del Castillo, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2003; HAURIUO, M.: *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, 1933; HAURIUO, M.: *Teoría de la institución y de la fundación. (Ensayo de vitalismo social) [1925]*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968; y ROMANO, SANTI: *El ordenamiento jurídico*, trad. Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín Retortillo, estudio preliminar por Sebastián Martín-Retortillo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013; y el institucionalismo objetivista de DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*, edición crítica y estudio preliminar, "Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en León Duguit" (págs. XI-XXXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007; DUGUIT, L.: *Manual de Derecho Constitucional*, edición crítica y estudio preliminar, «La teoría jurídica de León Duguit», a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2005; DUGUIT, L.: *Soberanía y Libertad. Lecciones dadas en la Universidad de Columbia (New York, 1920-1921)*, traducción y prólogo de José G. Acuña y revisión, edición y estudio preliminar a cargo de J. L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2013. Esta edición culmina con un ensayo de OTTO KIRCHHEIMER, *En busca de la soberanía*, que apareció bajo el título "In Quest of Sovereignty", en *Journal of Politics*, 6 (1944). Desde una perspectiva no institucionalista (como corriente de pensamiento jurídico), autores como Roscoe Pound pusieron especial énfasis en la importancia de las instituciones, de la jurisprudencia y la atención a la realidad social que incide en la eficacia "social" de las normas y en el impulso hacia la creación de nuevas normas jurídicas. Véase POUND, R.: *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad., y estudio preliminar por J. Puig Brutau, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004, paradigmática, págs. 5 y sigs., aunque el espíritu comparatista insufla toda esta obra. Asimismo, POUND, R.: *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, edición crítica y estudio preliminar sobre, "La 'jurisprudencia sociológica' de Roscoe Pound: la teoría del Derecho como ingeniería social" (págs. IX-LXXXIII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2004. Para el desarrollo reciente posterior de las teorías institucionalistas del Derecho, véase WEINBERG, O.: *Norm und Institution*, Wien 1988; WEINBERGER, O.: *Law, Institution and Legal Politic*, Deventer, 1991; MACCORMICK, N. y O. WEINBERGER, O.: *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, 1986; MARCH, J. G., y OLSEN, P.: *Institutional Perspectives on Political Institutions*, Oslo, 1996.

adecuada organización y operación del sistema jurídico y respecto a cómo el Derecho es o debe ser elaborado, aplicado, estudiado, perfeccionado y enseñado. La tradición jurídica vincula al Derecho con la cultura de la cual es expresión en cierta medida. Sitúa al sistema jurídico en la perspectiva cultural⁴³. Es ésta una definición estipulativa, pero para comprenderla —y completarla— es necesario tomar en consideración el largo proceso de construcciones de las tradiciones jurídicas y qué factores influyeron en su conformación y creación de órdenes normativos e institucionales⁴⁴.

Para apreciar en toda su amplitud la conformación de las culturas jurídicas —y sus tradiciones jurídicas— es precisa no sólo una concepción abierta de la ciencia del Derecho, sino también —y en relación a ello— mantener una colaboración dinámica entre la ciencia jurídica y otras ciencias sociales que ofrecen o proporcionan saberes distintos y complementarios sobre el fenómeno jurídico. El que pueda hablarse del Derecho comparado como disciplina relativamente autónoma (como todas las que se conocen en la ciencia jurídica, puesto la autonomía nunca puede ser absoluta: la realidad del Derecho en un determinado sistema u ordenamiento es la de su unidad y sólo diversidad funcional e instrumental). Esto sirve al estudio jurídico, cultural y crítico de la comprensión iuscomparativista de diversos sistemas u ordenamientos jurídicos. En este sentido la historiografía jurídica ha utilizado ampliamente el Derecho comparado y el método comparatista⁴⁵. Ahora bien, hay que distinguir dos niveles de abstracción: la comparación sincrónica a través del Derecho

⁴³ MERRYMAN, J.H., y PÉREZ PERDOMO, R.: *The civil law tradition*, 4ª edición, Stanford, Stanford University Press, 2019, pág. 2.

⁴⁴ Para el ámbito geopolítico y cultural de lo que suele denominarse genéricamente el “mundo occidental”, constituye una aportación extraordinaria la obra de BERMAN, HAROLD JOSEPH: *Law and Revolution. The Formation of the Western legal Tradition*, Boston (MA), 1983; traducción española que tiene el único defecto importante de no recoger el título completo, en BERMAN, H.J.: *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. M. Utrilla de Neira, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1997. En esta obra se estudia con rigor y exhaustivamente las raíces de las instituciones y de los conceptos jurídicos modernos que se remontan nueve siglos atrás, hasta la revolución papal de Gregorio VII, cuando la Iglesia de Occidente estableció su unidad política y jurídica y logró independizarse de emperadores, reyes y señores feudales. Al demostrar el carácter revolucionario de la reforma papal, Harold Joseph Berman modifica las periodizaciones habitualmente los historiadores del Derecho. Por lo demás, Berman otorga una particular relevancia al origen de la ciencia jurídica occidental en la Universidades Europeas (*Ibid.*, espec., págs. 130-153).

⁴⁵ Véase, por ejemplo, SCHIAVONE, A.: *Historiografía y crítica del Derecho*, Madrid, Edersa, 1982.

comparado y la comparación diacrónica a través de la historia del Derecho, una historia del orden jurídico no aislada sino incorporada en las formaciones sociales en las que se inserta. Sobre planos distintos están interrelacionados⁴⁶. Para el mismo René David el aislacionismo nacional siempre ha sido una rémora para la ciencia jurídica, al igual que para toda ciencia. Se hace absurdo y prácticamente imposible, en un mundo en el que no hay distancias espacio-tiempo y en el que las fronteras han dejado, en buena medida, de tener sentido. Se quiera o no, la forma en que se organizan cada uno de los Estados extranjeros afectan a los demás en un mundo más cosmopolita⁴⁷.

En este clima mental presente en la Organización de las Naciones Unidas para la educación, la ciencia y la cultura (UNESCO), fue instituida la Asociación Internacional de las Ciencias Jurídicas (IALS), hoy todavía activa. A través de ella se perseguía el conocimiento de las instituciones y de las concepciones que tienen del Derecho y de la justicia, lo cual hace posible su comprensión mutua, al menos en la medida en que los responsables políticos de los distintos Estados son a menudo reclutados entre los juristas⁴⁸. Es en 1926 cuando se constituye en Roma el todavía existente Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), al que le fue confiada la tarea de favorecer la aproximación y convergencia de los Derechos nacional por vía legislativa.

Transcurrido un largo tiempo, se fue intensificando el proceso de internacionalización —proceso, éste, que ha acompañado la construcción del Derecho comparado contemporáneo— de los estudios iuscomparatistas en el ámbito de la sociedad internacional, tratando con ello de propiciar el patrimonio jurídico cultural y constitucional europeo y la aproximación de regulaciones institucionales y del sistemas de garantías de los principios, valores y derechos fundamentales construidos por el constitucionalismo democrático-social de la postguerra, atendiendo a los cambios disruptivos que se habían producido. Se trata de propiciar y facilitar el diálogo y la convergencia que comprenden a una actividad jurisprudencial llamada a

⁴⁶ LOSANO, M.G.: *Los grandes sistemas jurídicos*, Madrid, Debate, 1982, págs. 312-316.

⁴⁷ DAVID, R.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, traducción de la 2ª ed. francesa, por Pedro Bravo Gala, Madrid, Aguilar, 1ª edición española 1968, 1ª reimpresión, 1973, pág. 6.

⁴⁸ DAVID, R.: “Observations sur le rôle possible de l’Unesco en matière de droit comparé”, *Cons. Jur.*/1/1947, Unesco.

participar como instancia activa del proceso de creación del Derecho⁴⁹. Este papel se ha ido fortaleciendo gracias a la construcción dinámica del sistema multinivel de garantía de las libertades y derechos fundamentales. Un sistema multinivel que parte precisamente del pluralismo jurídico ordinamental como premisa de ese diálogo y utilización de la comparación jurídica de institutos, normas y principios jurídicos.

Esa construcción de reglas comunes y principios y valores compartidos, ha conducido en el espacio jurídico europeo no sólo a la promulgación de instrumentos tan importantes como las “cartas europeas” (“cartismo europeo” expresa, ante todo, por la Carta Social Europea; y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la anterior Carta de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores)⁵⁰, sino también la creación de del derecho privado europeo⁵¹, del mismo modo que cualquier obra de unificación del Derecho, hace referencia a la distribución imperativa de valores y bienes y, en consecuencia, a la búsqueda de compromisos en torno a las opciones de política del Derecho sobre el modo de coordinar intereses en contraste o abiertamente contrapuestos y organizar así la convivencia social. En esta labor la comparación jurídica muestra su papel más reflexivo y crítico⁵². Pero hay que tener en cuenta también que en el ámbito geopolítico de decisión que constituye la Unión Europea se ha ido construyendo las bases jurídicas fundamentales de una potente constitución económica y su correspondiente Derecho económico y de la competencia (sistema de los tratados fundaciones, a los que cabe añadir el Tratado

⁴⁹ Pero, mucho antes, ya se había mantenido este criterio de manera ciertamente no generalizada. Paradigmáticamente, CLEMENTE DE DIEGO, F.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, edición y estudio preliminar, “Creación judicial del Derecho y razonamiento judicial: reflexiones sobre una controversia de principio” (págs. IX-XIV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2016.

⁵⁰ Puede consultarse en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Directores) *et altri: El Sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Comares 2014; MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Directores) *et altri: La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012; MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Directores) *et altri: La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017; SALCEDO BELTRÁN, C. (Directora) *et altri: La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

⁵² SOMMA, A.: *Introducción al derecho comparado* (2014), trad. Esteban Conde Naranjo, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, págs 62 y sigs.

Europeo que constituye la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en virtud precisamente del artículo 6.1 del TUE) y una débil (todavía) constitución social europea y su correspondiente Derecho Social comunitario; Derecho económico y Derecho social, que, cada uno de ellos, combinan unificación jurídica (a través de normas fuertes, decisiones normativas, reglamentos y tratados) y aproximación y convergencia a través Directivas comunitarias (normas flexibles); a las que se unen los instrumentos jurídicos “*soft law*” (“derecho blando”) que sirven funcionalmente al objetivo de facilitar la unificación, la convergencia armonizadora y la coordinación (método de coordinación de legislaciones nacionales).

Según René David el método comparado cumple su función no sólo analizando los órdenes de normas jurídicas, sino también estudiando la historia, la sociología, la filosofía y la cultura jurídicas. Con esta perspectiva omnicomprendensiva e interdisciplinaria el Derecho comparado estará en condiciones de proporcionar un conocimiento profundo e integral, y la comprensión y explicación de las bases fundamentales de los sistemas jurídicos⁵³.

Por ello se puede observar que la perspectiva de observación del iuscomparatista en relación al Derecho –y en general al fenómeno jurídico– reside ya inicialmente en la contemplación del ámbito de lo jurídico en la sociedad en su complejidad interna y en el contexto global en que se insertan los sistemas jurídicos, mediatizados y condicionados por sus respectivas tradiciones culturales, por las acciones de política del Derecho y por la actuación en la práctica (la cual forma parte constitutiva de la “experiencia” jurídica) de todos los operadores jurídicos.

Los iuscomparatistas cultivan (en general y como tendencia) una actitud reflexiva y crítica (sin prejuzgar a priori con esta expresión la ideología jurídica concreta que se profesa, la cual puede ser diversa e influye inevitablemente en el proceso de comparación e interpretación del sentido de las instituciones, normas jurídicas y reglas y pautas sociales de relevancia jurídica), especialmente frente a aquellos juristas que perpetúan aun el legicentrismo o el dogmatismo utilizados, por otro lado, para ocultar el carácter prescriptivo del discurso jurídico en sí. El legicentrismo se expresa actualmente —al menos a menudo— como servilismo exegetico

⁵³ Véase DAVID, R., y JAUFFRET-SPINOSI, C.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, UNAM, México D.F., 2010.

respecto al lenguaje de las fuentes de producción del Derecho internacional general y regional, mientras que el dogmatismo de hoy suele ser el producido por la ciencia económica, más que el elaborado autónomamente por la ciencia jurídica. Las categorías jurídicas suelen estar infiltradas, colonizadas por el discurso de la racionalidad económica⁵⁴; con la paradoja de pretender así una mayor objetividad sirviéndose del cientificismo económico, cuando la propia ciencia económica es típicamente también una ciencia social que no puede sustraerse a la ideología⁵⁵. Y sin embargo no cambian los términos del discurso: aunque actualizados, legicentrismo y dogmatismo son todavía rasgos que caracterizan la actividad de quienes cultivan el derecho, rastros elocuentes de la escasa penetración de la comparación jurídica como estudio crítico de la experiencia jurídica⁵⁶. En esta situación se podría vislumbrar un punto fuerte del Derecho comparado: difícilmente quien practica una aproximación hegemónica puede cultivar

⁵⁴ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, trad. José Quero Morales, revisión, edición y estudio preliminar, “La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía” (pp. XIII-CL), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001; *Ibid.*, *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2018, espec., págs. 29 y sigs., y págs. 64 y sigs.

⁵⁵ Véase, por ejemplo, MEEK, R.L.: *Economía e ideología*, trad. Manuel Sacristán, Barcelona, Ariel, 1972, donde se estudia críticamente la relación entre la economía y la ideología en el desarrollo del pensamiento económico. No menos expresivo, y más conocido, el análisis abierto del propio KEYNES, J.M.: *Ensayos biográficos. Políticos y economistas*, trad. O. Pellissa, Barcelona, 1992, y sobre todo KEYNES, J.M.: *Ensayos de persuasión*, Barcelona, Crítica, 1988; GODELIER, M.: *Racionalidad e irracionalidad en economía*, trad. N. Blanc, México, Siglo XXI, 7ª ed., 1976, cuyo punto de partida resulta harto significativo: “La racionalidad de los sistemas económicos: ¿cuestión de ideología o problema científico” (*Ibid.*, Capítulo I, págs., 8 y sigs.); o, más proximidad a nuestros días, SAPIR, J.: *El nuevo siglo XXI. Del siglo americano al retorno de las naciones*, trad. P. Baños, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Top, 2010.

⁵⁶ Para el sentido político jurídico del concepto de “experiencia jurídica”, continúan siendo de referencia la obra clásica de Giuseppe Campograssi, véase CAPOGRASSI, G.: *Studi sull'esperienza giuridica* (1932), in D'Addio M-Vidal E. (a cura di), *Opere*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1959, vol. II; CAPOGRASSI, G.: *La experiencia común*, trad. y ed. de Ana Llano Torres y prólogo de Miguel García Baró, Madrid, Ediciones Encuentro, 2020. Pero cabe destacar el planteamiento anterior de Oliver Wendell Holmes había observado que “la vida del Derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia”. Esa idea de que la vida real del Derecho no ha consistido en la lógica, sino en la experiencia se afirma en WENDELL HOLMES, O.: *The Common Law*, traducción de Fernando N. Barrancos y Vedia, revisión, edición y estudio preliminar, “La crítica iusrealista del formalismo jurídico de la cultura del «Common Law» tradicional: la concepción funcional e instrumental del Derecho de Oliver Wendell Holmes” (pp. IX-XLIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2020, pág. 5.

una vocación por la crítica de la ortodoxia teórica. En todo caso, se trataría de un débil consuelo, insuficiente e incapaz de reanimar a quien no logra subirse con éxito a una ola que le es favorable, la del creciente interés por la dimensión ultranacional del Derecho⁵⁷.

Se puede reivindicar la identidad del Derecho comparado como instrumento de reflexión crítica sobre la experiencia jurídica, pero también para proponer nuevos lugares de encuentro con los investigadores de las ciencias sociales que dirigen su atención a casos referidos a la experiencia jurídica. Permite dialogar con quien cultiva estudios reflexivos y críticas, y asimismo con aquéllos que reivindican, al contrario, la oportunidad de adoptar puntos de observación internos al propio sistema jurídico, y que son partidarios de fomentar preferentemente el tecnicismo jurídico. La crítica en la comparación jurídica no supone falta de diálogo con aquellas miradas y posiciones diferentes: todos los operadores requieren —y evidentemente están admitidos— a la práctica del Derecho comparado y del método comparatista. Es así que resulta posible que unos y otros avancen en sus patrimonios de conocimiento (aunque no caminen juntos de la mano), que afinen sus instrumentos de indagación, que reflexionen sobre sus roles como detentadores de saberes utilizados para delimitar en tarea comparatista lo que significar dialogar desde el respeto mutuo más allá de la dejar sentadas las discrepancias en una sociedad democrática, abierta y comunicativa. El Derecho comparado y el método comparatista puede contribuir a evitar el dogmatismo a ultranza y evidenciar legítimamente (evitando falsas neutralidades⁵⁸) advertir frente a los que sin reconocerlo abiertamente han adoptado, poniéndose al servicio de los campos hegemónicos del saber

⁵⁷ Véase SOMMA, A.: *Introducción al derecho comparado* (2014), trad. Esteban Conde Naranjo, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pág. 13.

⁵⁸ Para ello resulta positiva la relectura del pensamiento lúcido de Max Weber, nada sospecho de ser un pensador radical. Véase WEBER, M.: *Sobre la teoría de las ciencias sociales*, Barcelona, Península, 1971; *idem*, *El problema de la irracionalidad en las ciencias sociales*, Madrid, Tecnos, 1985; *idem*, *Sociología del Derecho [Esta edición incluye también la “Sociología del Poder y del Estado”]*, edición y estudio preliminar, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001; *idem*, *Política y ciencia y otros ensayos de sociología*, edición y estudio preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2011. Un estudio exhaustivo sobre el pensamiento de Max Weber, en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la Teoría Política y Jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, Capítulo I (sobre la “concepción general de la sociología del Derecho” y la “sociología del Derecho como ciencia social” en Max Weber), págs. 15-168.

(jurídico o no), pretenden rehusar la crítica y evitar, a su vez, ser observados desde el punto de vista de la sana crítica.

Es de advertir también que la utilización de la noción de “sistema jurídico” se realiza en un sentido amplio, más allá del concepto que se le da desde el iuspositivismo legalista. René David considera a los sistemas jurídicos como sistemas abiertos como condición de posibilidad para su transformación y la apertura hacia otros sistemas a través el aprendizaje mutuo y la solución de los problemas de relevancia jurídica. Este entendimiento de la idea de sistema es importante para y actúa, en cierta medida, como presupuesto para la comparación entre sistemas jurídicos diversos, pues los sistemas cerrados las posibilidades comunicativas y de colaboración intersistémicas son mucho más limitadas. En sistemas más cerrados lo que se gana en unidad interna del orden jurídico, se pierde en apertura, aprendizaje y mutua colaboración. Se facilita, así, ese diálogo y complementación mutua.

Con todo, y partiendo de hacer explícitos los límites de la comparación jurídica, cómo René David distingue, con carácter instrumental, entre distintas clases de sistemas jurídicos, los cuales obedecen implícitamente a sus respectivas tradiciones históricas y culturas diversas. En este sentido habla de familias jurídicas. Estas clases no son cerradas, están abiertas porque evolucionan, como lo hacen sus propios sistemas jurídicos. En este sentido ese desarrollo histórico jurídico crea situaciones intermedias, y sistemas mixtos. En su clasificación de sistemas jurídicos se toma en consideración, sin perder el hilo conductor del ámbito de lo jurídico, el contexto político-social, ideológico-cultural y económico, es decir, su clasificación y su labor de comparación va más allá de la “comparación de normas”, y justamente por entender que ello es necesario – se diría que inevitable- para captar los rasgos de las “instituciones” jurídicas y praxis y operatividad de las distintas formas de manifestación jurídica en las relaciones sociales.

En este sentido el Derecho comparado, y el método comparatista, debe ser parte de una ciencia jurídica abierta, donde el jurista analiza el Derecho vigente dentro de una cosmovisión más amplia e iluminadora, de manera que en el estudio de cualquier institución jurídica relevante (y casi todas las más importantes tiene un reconocimiento —no un mismo régimen

jurídico, que sería una cuestión distinta— universal (propiedad, contrato, libertad contractual, libertad de empresa, cosa juzgada, etcétera)⁵⁹.

La comparación permite al operador jurídico apreciar los rasgos jurídicos y bases sociales de los sistemas y utilizar productivamente las técnicas y experiencias de los sistemas jurídicos foráneos, combinando identidades nacionales y cauces de convergencia⁶⁰. Posibilita el conocimiento mutuo tomando en consideración el problema práctico a resolver para abordar inmediatamente después las categorías jurídicas abstractas que tratan de captarlo a efectos de su ordenación jurídica y su interpretación por los órdenes jurisprudenciales. Se entienden en todo su alcance las categorías jurídicas y su sentido tipológico, estructural y funcional (de política legislativa). Esto conduce a la toma en consideración de las mentalidades y las ideologías jurídicas. Asimismo, interesa al iuscomparatista la investigación de las condiciones materiales que determinan un concreto modelo de regulación normativa y los modos de interpretación y toma de decisiones por los órganos jurisdiccionales⁶¹. Pero también pone de manifiesto que el Derecho puede ser elemento de

⁵⁹ Una visión bastante pragmática y operativa, por simplificar es la que mantiene Rolando Tamayo y Salmorán, para el cual la comparación de instituciones, órdenes y sistemas jurídicos se hace de una manera descriptiva. La tarea descriptiva de la ciencia del derecho la acompaña desde sus inicios y se aplica a todo el derecho positivo. No existe ninguna rama del derecho que se denomine “derecho comparado”, esto es sólo un método de estudio o investigación comparativo de las ciencias jurídicas; una técnica jurídico-dogmática. La comparación se hace a través de la lectura de instituciones o normas que, por medio de la formulación del lenguaje, se explicarán conforme a la doctrina y sistemas jurídicos que les sean aplicables dentro de un ámbito de validez. La descripción del derecho se hace por medio de subsistemas entre órdenes e instituciones. Debe quedar claro que el derecho comparado no es estudio del derecho extranjero, sino que los modelos doctrinales son confrontados y comparados, siempre y cuando sean instituciones pertenecientes a una misma clase necesitando de un marco referencial. Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, R.: “Teoría jurídica y “derecho comparado” una aproximación y un deslinde”, en *ISONOMÍA*, núm. 27, Octubre (2007), págs. 29-49.

⁶⁰ Sin caer en la utopía bien intencionada de Edouard Lambert. Lambert llegó a defender una suerte de “droit commun de l’humanité”, para cuyo objetivo el derecho comparado debería aproximar y hacer converger los sistemas jurídicos de los pueblos contribuyendo a crear un acervo común. Véase ZWEIGERT K. y KÖTZ, H.: *Introducción al derecho comparado*, Oxford University Press, México, 2002, pág. 4.

⁶¹ DAVID, R.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (Derecho comparado)*, traducción de la 2ª ed., francesa, por Pedro Bravo Gala, Madrid, Aguilar, 1ª edición española 1968, 1ª reimpresión, 1973; DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, edición, traducción y notas por J. Sánchez Cordero, con la colaboración de A. Sánchez-Castañeda, México D.F., editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010.

integración cultural (hablar de integración no significación unificación); y así el Derecho comparado puede colaborar en el proceso de integración jurídica, mostrando paradigmáticamente cómo la misma integración europea se está realizando a través del Derecho, pudiéndose hablar desde hace tiempo, de manera anticipadora, del Derecho comunitario de la integración europea⁶².

Esto muestra que el criterio de clasificación en “familias jurídicas” es de carácter puramente instrumental, y depende del diseño de los objetivos que se pretenden alcanzar; y en este sentido tiene una impronta relativismo político jurídico, que no nunca fue ignorada por René David. Es más: cuando el criterio inspirador fundamental es marcadamente ideológico *por identificación global de las familias jurídicas* la contaminación tiene un efecto disolvente y potencialmente arbitrario en la distinción de “familias” que remiten, en el fondo, a “culturas jurídicas” de dimensiones más complejas, donde la ideología es un factor importante, pero no exclusivo. En cualquier caso, todo análisis iuscomparatista está sometido a las limitaciones del tiempo histórico en que se realiza la comparación. Lo cual comporta que transcurrido un cierto tiempo ese análisis comparatista debe ser revisado, adaptada a las nuevas realidades que impone un inevitable cambio de orden jurídico. De ello no se libran ni las sucesivas versiones de la obra clásica, y por ello mismo perdurable en sí por su carácter fundacional y metodología (v.gr., la desaparición de la URSS y la consiguiente transformación del Derecho y no socialista en Rusia y en los “países del Este” situados en la órbita la antigua unión soviética; o la expansión económica y desarrollo jurídico de sistemas de Derechos como el de la China actual, cuyo tratamiento en los estudios comparatista continua siendo insuficiente —a menudo deficiente—; o, como la historia reciente muestra, pueden producirse cambios de modelos jurídicos o “familias” que

⁶² Véase HERNÁNDEZ GIL, A.: “El Derecho como elemento de integración cultural”, en HERNÁNDEZ GIL, A.: *Conceptos jurídicos fundamentales, Obras Completas*, Tomo I, Madrid, Espasa-Calpe, 1987, págs. 389 y sigs. Según Hernández Gil, existe una directriz unificadora en las tendencias del Derecho comparado. El Derecho comparado, señala, parte de las diversidades formales de los ordenamientos jurídicos, pero tiende a relativizar las diferencias de contenido y a buscar fondos de aglutinación que suelen estar más en el pasado remoto y en el futuro deseable que en el inmediato presente. Él distingue entre tres grandes cuadros comparativos: el comparatismo etnológico; el comparatismo histórico-filosófico; y el cuadro comparatista que podría llamarse científico-legislativo-reformista, esto es, no es simple pensamiento científico, actitud mental o método, sino también programa de acción política y cooperación internacional (*Ibid.*, págs. 396-397).

afectan a la evolución política y cultural de determinados Estados; etcétera). De ahí igualmente la confirmación en la experiencia del relativismo intrínseco de toda clasificación de sistemas jurídicos (sea por “familias jurídicas”; o sea por el reclamo de “tradiciones jurídicas”), pues tienen un carácter contingente (“historicidad”) ante las transformaciones y mutaciones del objeto de comparación jurídica.

En este sentido, tan importante en la comparación de sistemas jurídicos es dejar constancia de los puntos de conexión compartidos como de las diferencias específicas que no deben ser ignoradas en aras del criticable objetivo de una convergencia “forzada” e indiferenciada. Hay que tener en cuenta que la profundidad y amplitud de la comparación no debe desdibujar la riqueza del pluralismo jurídico, y que de lo que se trata es de una comparación de sistemas, tradiciones jurídicas e instituciones a través de una metodología jurídica, aunque necesariamente abierta a otras ciencias sociales. La convergencia a través de la comparación no debe suponer la uniformidad de los sistemas y culturas jurídicas. Tanto más importante que esa finalidad es la comprensión explicativa, el diálogo entre culturas jurídicas, el aprendizaje y la colaboración mutua. Esto no excluye, desde luego, los procesos de integración jurídica *pluralista* que se operan, por ejemplo, en Europa (la Europa “amplia” del Consejo de Europa; o la más restringida de la Unión Europea, que en realidad paulatinamente se va configurando como un ordenamiento pluriordinamental, que presupone la no absorción y ni desaparición de la identidad sustancial de las culturas de cada uno de los Estados miembros; por lo demás, muchos de estos países europeos sí comparten ya ciertos pilares básicos en sus tradiciones culturales respectivas).

Un hito importante en el impulso al Derecho comparado y al método comparatista fue la elaboración por un grupo de prestigiosos comparatistas, conocidos como el Círculo de Trento (por el lugar en que cristalizó el ideario iuscomparatista) de una serie de criterios a seguir en esta disciplina. Se trata de varias tesis aplicables al campo de la comparación jurídica con carácter abierto a nuevos criterios y tesis; por lo que no tienen un carácter dogmático:

1ª Tesis. La comparación jurídica, considerada como ciencia, pone su atención, en forma necesaria, al mejor conocimiento de los datos jurídicos. Ulteriores tareas —por ejemplo, la promoción del modelo legal o

interpretativo mejor— merecen la más grande consideración, pero representa un objetivo eventual en la investigación comparada.

2ª Tesis. No existe ciencia comparada sin medir las diferencias y las identidades que se presentan entre los diversos sistemas jurídicos. No es posible la realización de la ciencia comparada mientras la actividad iuscomparatista se limite a los intercambios culturales o a la exposición paralela de las soluciones explicadas en las diversas áreas. Es necesario ir más allá en la comparación.

3ª Tesis. El comparatista dirige su atención a los diversos fenómenos de la vida jurídica realizados en el pasado o en el presente, considera las mismas proposiciones jurídicas (entre los cuales, los actos del legislador y del juez, y las definiciones del doctrinario) como hechos históricos, y tiende a comprobar lo que realmente ha sucedido. En este sentido, la comparación es una ciencia histórica.

4ª Tesis. El conocimiento de los sistemas jurídicos en forma comparada tiene el mérito específico de comprender la coherencia de los formantes presentes en cada sistema jurídico, así como los elementos que componen y determinan los formantes contrapuestos. Particularmente, esta comprende la coherencia entre las reglas operacionales presentes en el sistema y las proposiciones teóricas elaboradas para representar las reglas operacionales.

5ª Tesis. El conocimiento de un sistema jurídico no es monopolio del jurista que pertenece al sistema. Al contrario, el jurista perteneciente a un determinado sistema, si, por un lado, es favorecido por la gran cantidad de información, sin embargo, será, por otro lado, constreñido por el presupuesto que los enunciados teóricos presentes en el sistema sean plenamente coherentes con las reglas operacionales del sistema considerado⁶³.

En un mundo tan complejo como es el propio del siglo XXI, la interrelación entre sistemas jurídicos y tradiciones culturales es más

⁶³ MONATERI, P.G.: *Los límites de la interpretación jurídica y el derecho comparado*, Lima (Perú), Ara Editores, 2009, págs. 147-148; HERNÁNDEZ RUIZ, M.G.: “La ciencia del derecho comparado. Notas introductorias para su comprensión a partir de algunas voces de ilustres iuscomparatistas”, en *Revista IIDH*, vol. 74 (2021).

penetrante e intensa. Por lo demás, la multiplicidad de modelos culturales no ha desaparecido en absoluto, pero existen más interferencias en las condiciones actuales del proceso de mundialización. Ello exige la comprensión explicativa que proporciona el recurso al Derecho comparado, que permite un riguroso conocimiento útil en sí mismo más allá de legítimas pretensiones armonizadoras. El análisis comparado abre caminos para el diálogo entre culturas jurídicas en una sociedad compleja, con tradiciones distintas y una multiculturalidad enriquecedora.

3. Bibliografía seleccionada

A) De René David

- *La protection des minorités dans les sociétés par actions*, Librairie du Recueil Sirey, París, 1929.
- *Cours de législation civile*, Les Cours de droit, París, 1947.
- *Introducción a l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Recueil Sirey, París, 1948.
- *Traité élémentaire de droit civil comparé: Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, París, R. Pichon, R. Durand-Auzias, 1950.
- *Recopilación bibliográfica en francés. Derecho: libros y publicaciones periódicas*, culturele afdeling van de Franse ambassade, Nueva York, 1952.
- *Le droit soviétique*, se reunió con John N Hazard, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 2 volúmenes, 1954.
- *French Law*, Madras, Diocesan, 1955.
- *The French Legal System: An Introduction to Civil Law Systems*, Oceana Publications for the Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University, New York, 1958.
- *Le Droit français*, conoció a Philippe Ardant, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1960.

- *Le droit français. Principes et tendances du droit français*, Libr. générale de droit et de jurisprudence, París, 1960.
- *Le droit anglais*, París, Presses Universitaires de France, 1965.
- *Cours de droit civil comparé*, Les Cours de droit, París, 1962.
- *Les grands systèmes de droit contemporains*, París, Dalloz, 1964.
- *Bibliographie du droit français, 1945-1960, établie pour le Comité international pour la documentation des sciences sociales sous le patronage de l'Association internationale des sciences juridiques*, reunido Comité Internacional de Documentación en Ciencias Sociales, París, Mouton, 1964.
- *Administrative Contracts in the Ethiopian Civil Code*, Ministerie van Justitie, Addis Ababa, 1967.
- *The principal legal systems of the world today*, with John EC Brierley, London, 1968.
- *French law; its structure, sources and methodology*, State University Press, Baton Rouge, 1972.
- *Les Contrats en droit anglais*, con Françoise Grivart de Kerstrat, París, Libr. de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1973.
- *Contrats administratifs dans le Code civil éthiopien*, Addis-Abeba, Ministerie van Justitie, 1967.
- *Structure and Divisions of the Law*, Den Haag, M. Nijhoff, 1974.
- *International encyclopedia of comparative law*, con la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas, Den Haag, M. Nijhoff, 1975.
- *Unification du droit et arbitrage*, Kluwer, Deventer, 1977.
- *English Law and French Law: A Comparison in Substance*, Stevens and Sons, London, 1980.
- *Le droit comparé: droits d'hier, droits de demain (Derecho comparado: derechos de ayer, derechos de mañana)*, París, 1982.

- *Les avatars d'un comparatiste*, París, FeniXX réédition numérique (Economica), 1982.

- *Le droit du commerce international: réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé* (“Derecho mercantil internacional: Reflexiones de un comparador sobre Derecho internacional privado”), París, 1987.

- *Le droit anglais (Droit commercial international: réflexion d'un comparateur sur le droit sur le droit international privé* (“Reflexiones de un comparador sobre derecho internacional privado”), con Xavier Blanc-Jouvan, Presses universitaires de France, París, 1995.

- DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C.: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, edición, traducción y notas por J. Sánchez Cordero, con la colaboración de A. Sánchez-Castañeda, México D.F., editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010.

B) Del contexto epocal y de los estudios de Derecho comparado y método comparatista

ARNAUD, A-J.: *Les juristes face à la société du XIXe à nos jours*, París, Presses Universitaires de France, 1975.

BAYLOS GRAU, A. *et atri: Modelos de derecho del trabajo y cultura de los juristas*, Albacete, Bomarzo, 2014.

BERMAN, H.J.: *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. M. Utrilla de Neira, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1997.

BISCARETTI DI RUFFIA, P.: *Introducción al Derecho constitucional comparado*, trad. Héctor Fiz-Xamudio, 3ª reimpresión, México DF., Fondo de Cultura Económica, 2006.

BRAUDEL, F.: “La larga duración”, en *La historia y las ciencias sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.

BRONSTEIN, A.; INTERNATIONAL LABOUR OFFICE: *Derecho internacional y comparado del Trabajo: desafíos actuales*, Madrid, Plaza y Valdés-Ginebra, OIT, 2010.

BURKE, P. y PO-CHIA HSIA, R. (Editores): *Cultural Translation in Early Modern Europe*, Cambridge, 2007 (traducción española, *La traducción cultural en la Europa moderna*, Trad. J. Izquierdo Martín y P. Arroyo Calderón, Madrid, Akal, 2010).

COING, N.: *Derecho privado europeo*, 2 tomos, trad. A. Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996.

COING, N.: *Historia y significado de la dea del sistema en la jurisprudencia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1959.

CONSTANTINESCO, L-J.: *Introducción al Derecho Comparado*, Madrid, Tecnos, 1981.

DEZALAY, Y., y GARTH, B.: *The internationalization of palace wars. Lawyers, economists, and the context to transform Latin American statutes*, Chicago, The University of Chicago Press, 2002.

DUGUIT, L.: *Las transformaciones del Derecho público y privado*, edición crítica de tres monografías de Leon Duguit vinculadas por la idea-fuerza de las transformaciones del Derecho Público y Privado y el por entonces emergente (en “estado naciente”) Derecho Social, con estudio preliminar, “‘Objetivismo jurídico’ y teoría de los “derechos” en León Duguit” (pp. XI-XXXIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2007.

FISHER, W.: “Oliver Wendell Holmes”, en KENEDY, D., y FISHER, W. (Editores): *The canon of American thought*, Princeton, Princeton University Press, 2006.

FIX-ZAMUDIO, H., y VALENCIA CARMONA, S.: *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 1ª. ed., 1999, 9ª. México D.F., ed., Porrúa, 2017.

FIX-ZAMUDIO, H.: “Tendencias actuales del derecho comparado”, en SERNA DE LA GARZA, J.M. (Coordinador): *Metodología del derecho comparado*, México D.F., UNAM, 2005.

FRÉDERIC, A. y HALPERIN, J.L.: *La culture juridique française. Entre mythes et réalités (XIXe-XXe siècle)*, París, CNRS, 2013.

FRIEDMAN, L.M.: *Introducción al Derecho Norteamericano* (1984), trad. Joan Vergé i Grau, Barcelona, Librería Bosch, 1988.

FRIEDMAN, L.M.: *Law in America. A short story*, New York, Modern Library, 2004.

FRIEDMAN, L.M.: *The human rights culture. A study in history and context*, New Orleans University Press, 2011.

FRIEDMAN, L.M., PÉREZ PERDOMO, R., y GÓMEZ, M. (Editores): *Law in many societies*, Stanford, Stanford University Press, 2011.

GALGANO, F.: *Historia del Derecho mercantil*, Barcelona, Laia, 1980.

GALGANO, F.: *Diritto commerciale. L'imprenditores*, 3ª ed., Bologna, Nicola Zanichelli, 1989.

GARCÍA PELAYO, M.: *Derechos constitucional comparado*, Madrid, Ed. Revista de Occidente, 1ª ed., 1950, 7ª edición, 1964, publicado posteriormente en Madrid, Alianza editorial, *Manual de Derecho Constitucional Comparado*, 1984.

GARCÍA-PELAYO, M.: *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Ed. Revista de Occidente, 4ª ed., 1957; publicado posteriormente en Madrid, Alianza editorial, *Manual de Derecho Constitucional Comparado*, 1984.

GÉNY, F.: *Métodos de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo (1899)*, edición y estudio preliminar, "El pensamiento científico jurídico de Gény" (págs. XVII-LXXV), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000.

GESSNER, V.: *El otro derecho comparado. Ensayos sobre cultura y seguridad jurídicas en la era de la globalización*, trad. Héctor Fix-Fierro, México D.F., UNAM/IIJ, 2013.

GIULIANI, A., y PICARDI, N. (Editores): *L'Educazione giuridica. Modelli di università e progetti di riforma*, Perugia, Librería Universitaria, 1975.

GLENN, P.: *Legal Tradition of the world. Sustainable diversity of Law*, 2000.

GÓMEZ ARBOLEYA, E.: *El racionalismo jurídico y los códigos europeos*, Madrid, IEP, 1962.

GROSSI, P.: *L'Europa del diritto*, Milán, 2009. GROSSI, P.: *Europa y el Derecho*, trad. Luigi Giuliani, Prefacio de Jacques Le Goff, Barcelona, Crítica, 2007.

GROSSI, P.: *A history of European Law*, Chichester, Wiley-Blackwell, 2010.

GROSSI, P.: *De la Codificación a la globalización del Derecho*, Presentación y trad. Rafael D. García Pérez, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.

GUTTERIDGE, H.: *El derecho comparado*, Chile, Olejnik, 2018.

HECK, PH.: *El problema de la creación del Derecho*, trad. Manuel Entenza (seudónimo de Manuel Sacristán Luzón), Prólogo de José Puig Brutau, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 1999.

HEPPLE, B. (Editor): *La formación del Derecho del Trabajo en Europa*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 1994.

HINZE, O.: *Historia de las formas políticas*, trad. José Díaz García, revisión, edición y estudio preliminar, "Otto Hintze y la renovación de la historia política y constitucional", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2021.

HOLMES, O. W.: *The Common Law*, trad, Fernando N. Barrancos y Vedia, revisión, edición y estudio preliminar, "La crítica iusrealista del formalismo de la cultura del "Common Law" tradicional: la concepción funcional e instrumental del Derecho de Oliver Wendell Holmes" (págs. IX-XLIX), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2020.

IHERING, R. von: *La luchas por el Derecho*, trad. Adolfo Posada, revisión, edición y estudio preliminar, “Ihering y la lucha por el Derecho” (págs. VII-XXXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008.

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN DE LA ASOCIACIÓN CORUÑESA DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO (Editores): *Anuario coruñés de derecho comparado del trabajo*, La Coruña (2009-vigente).

IRTI, N.: *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992.

KAHN-Freund, O.: *Selected writings*, 1978.

KAHN FREUND, O.: *Trabajo y Derecho*, traducción y notas de José María Galiana Moreno, “IN MEMORIAM” de F. Cavas Martínez y J. Luján Alcaraz, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2019.

KAHN FREUND, O.: “Pacta sunt servanda- a principle and its limits: Some thoughts prompted by comparative labour law”, *Tulane Law Review* (Nueva Orleans), junio de 1974.

KAHN FREUND, O.: *Labour and Law, Stevens and Sons*, segunda edición, Londres, 1977.

KAHN-FREUND, O., LEVI, C., RUDDEN, B.: *A source book on French Law*, 3e éd. 1991.

KELSEN, H.: *Principios de Derecho Internacional Público* (1952), trad. H. Caminos y E. C. Herminada, revisión, edición crítica y estudio preliminar, “Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen: Mito y Realidad” (pp. IX-LVII), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2013.

KENEDY, D., y FISHER, W. (Editores): *The canon of American thought*, Princeton, Princeton University Press, 2006.

KYMLICKA, W.: *Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2009.

LESAFFER, R.: *European legal history. A cultural and political perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, A.M.: *Derecho comparado y digitalización*, Madrid, Tecnos, 2021.

MARAVAL, J.A.: *Estado moderno y mentalidad social*, 2 Tomos, Madrid, Ediciones de la Revista de Occidente, 1972.

MARKESINS, B., y UNBERATH, H.: *The German law of Torts: a comparative treatise*, 4 ed. 2002.

MARTÍNEZ GIRÓN, J., y ARUFE VARELA, A.: *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, Barcelona, Atelier, 4ª edición, 2016.

MERRYMAN, J. M.: *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2e. ed. 1985.

MERRYMAN, J.H., y PÉREZ PERDOMO, R.: *The civil law tradition*, 4ª edición, Stanford, Stanford University Press, 2019.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía*, estudio preliminar a RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno* (págs. XIII-CL.), trad. José Quero Morales, revisión, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2017.

MORÁN, G.M.: “El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, No. 6, 2002.

PADOA-SCHIOPPA, A.: *A history of law in Europe. From early Middle Ages to the twentieth century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

PÉREZ PERDOMO, R.: *Educación jurídica en Occidente: una historia cultural*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2022.

PIZZORUSSO, A.: “Del Derecho comparado al Derecho Cosmopolita”, en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 61 (2008).

REIMANN, M.: *Historische Schule und common law: die Deutsche Rechtswissenschaft des 19 Jahrhunderts in amerikanischen Rechtsdenken*, 1993.

REIMANN, M. (bajo la dirección de): *The reception of continental ideas in the common law world 1820-1920*, 1993.

RIPERT, G. y ROBLOT, R.: *Traité de Droit Commercial*, 13^a édition, París, Librairie Générales de Droit et de Jurisprudence, 1989 (con posteriores ediciones).

RIPERT, G.: *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1949.

RIPERT, G.: *El régimen democrático y el derecho civil moderno*, trad. José M. Cajica Jr., revisión, edición y estudio preliminar, “Derecho privado y democracia constitucional: Georges Ripert, ¿Paradigma de jurista liberal?”, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2021.

RIPERT, G.: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, trad. José Quero Morales, revisión, edición y estudio preliminar, “La organización jurídico-económica del capitalismo: El Derecho de la Economía” (págs. XIII-CL.), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001.

ROLLA, G., Y SPIGNO, I.: *Elementos de derecho constitucional comparado para América Latina*, México D.F., Tirant lo Blanch, México, 2020.

SCARCIGLIA, R.: *Introducción al derecho constitucional comparado*, Madrid, Dykinson, 2011.

SCARCIGLIA, R.: *Métodos y comparación jurídica*, Madrid, Dykinson, 2018.

SCHIAVONE, A.: *Historiografía y crítica del Derecho*, Madrid, Edersa, 1982.

SCHIAVONE, A.: *Ius. La invención del Derecho en Occidente*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2009.

SCHREGLE, J.: “Relaciones de trabajo comparadas: escollos y posibilidades”, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 100, Núm. 1, enero-marzo, 1981.

SOLARI, G.: *Filosofía del Derecho privado*, 2 Tomos, trad. O. Caletti, Buenos Aires, Depalma, 1950.

SOMMA, A.: *Introducción al derecho comparado*, trad. de Esteban Conde Naranjo, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

TAMAYO Y SALMORÁN, R.: “Teoría jurídica y “derecho comparado” una aproximación y un deslinde”, en *ISONOMÍA*, núm. 27, Octubre (2007). <https://www.scielo.org.mx/pdf/is/n27/n27a2.pdf>.

TARELLO, G.: *Storia della cultura giuridica moderna*. Vol. I: Assolutismo e codificazione del diritto, Bologna, Il Mulino, 1976.

TARELLO, G.: *Cultura jurídica y política del Derecho*, con “Introducción” de Riccardo Guastini y Giorgio Rebuffa, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2002.

WIEACKER, F.: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2e. ed. 1967.

WIEACKER, F.: *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. Francisco Fernández Jardón, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2000.

ZWEIGERT, K., y KÖTZ. H.: *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3e éd. 1995.

LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES EN PORTUGAL

[*THE SOCIAL PROTECTION OF INDEPENDENT WORKERS IN
PORTUGAL*]

Mário Silveiro de Barros

Fecha de recepción: 8 de abril de 2022

Fecha de aceptación: 22 de abril de 2022

Sumario: I. LA SINGULARIDAD PORTUGUESA, DESDE EL PUNTO DE VISTA SUBJETIVO.- II. LA SINGULARIDAD PORTUGUESA, DESDE EL PUNTO DE VISTA OBJETIVO.- III. EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES INSTRUMENTALES LIGADOS A LA RELACIÓN JURÍDICA DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES PORTUGUESES.- IV. LAS PRESTACIONES POR ACCIDENTE DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES PORTUGUESES.- V. LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES PORTUGUESES.- VI. LAS PRESTACIONES POR RIESGOS COMUNES DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES PORTUGUESES.- VII. LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL, EN MATERIA SOCIAL, DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES PORTUGUESES.- BIBLIOGRAFÍA CITADA.

Contents: I. THE PORTUGUESE SINGULARITY, FROM THE SUBJECTIVE POINT OF VIEW.- II. THE PORTUGUESE SINGULARITY, FROM THE OBJECTIVE POINT OF VIEW.- III. COMPLIANCE WITH INSTRUMENTAL DUTIES LINKED TO THE LEGAL RELATIONSHIP OF PORTUGUESE INDEPENDENT WORKERS' SOCIAL PROTECTION.- IV. ACCIDENT AT WORK BENEFITS FOR PORTUGUESE INDEPENDENT WORKERS.- V. UNEMPLOYMENT BENEFITS FOR PORTUGUESE INDEPENDENT WORKERS.- VI. THE BENEFITS FOR COMMON RISKS OF THE PORTUGUESE INDEPENDENT WORKERS.- VII. THE JURISDICTIONAL PROTECTION, IN SOCIAL MATTERS, OF

*THE PORTUGUESE INDEPENDENT WORKERS.- CITED
BIBLIOGRAPHY.*

Resumen: Sobre la base de que en Portugal existen diversos tipos de trabajadores autónomos o independientes, este trabajo analiza su protección social derivada de accidentes de trabajo y desempleo, así como su protección de seguridad social derivada de riesgos comunes, tanto desde un punto de vista sustantivo como de un punto de vista jurisdiccional.

***Abstract:** On the basis that in Portugal there are several types of autonomous or independent workers, this paper analyses their social protection arising out of accidents at work and unemployment, as well as their protection deriving from common risks, not only from a substantive point of view, but also from a jurisdictional point of view.*

Palabras clave: Accidente de trabajo, Desempleo, Portugal, Riesgos comunes, Trabajadores independientes.

***Keywords:** Accident at work, Unemployment, Portugal, Common risks, Independent workers.*

* * *

I. LA SINGULARIDAD PORTUGUESA, DESDE EL PUNTO DE VISTA SUBJETIVO

La protección social de los trabajadores independientes portugueses es singular, desde un punto de vista subjetivo, si comparada con la existente en otros países de la Unión Europea comparativamente significativos. En efecto, a diferencia de lo que sucede en Francia¹ o España², en Portugal no existe ningún régimen especial de protección social de los trabajadores independientes, afirmando a este respecto la Ley núm. 4/2007, de Bases del Sistema de la Seguridad Social —a propósito del sistema contributivo portugués de seguridad social (o «sistema de previsión [*sistema previdencial*]») —, que «están obligatoriamente incluidos en el sistema de previsión, en calidad de beneficiarios, los trabajadores por cuenta ajena o legalmente equiparados [a ellos] y los trabajadores independientes»³. Ahora bien, la singularidad portuguesa es asimismo clara si se tiene en cuenta ahora como término de comparación el Derecho alemán. En efecto, en Alemania tampoco existe —al igual que en Portugal— ningún régimen especial de seguridad social de los trabajadores autónomos. Ocurre, sin embargo, que el Derecho alemán de la Seguridad Social sólo protege una categoría subjetiva muy concreta de trabajadores autónomos, que son los trabajadores autónomos económicamente dependientes⁴, a diferencia de lo que sucede en Portugal, en donde están protegidos no sólo los trabajadores autónomos económicamente dependientes, sino también la generalidad de trabajadores independientes, apareciendo determinados en la Ley núm. 110/2009, que aprueba el Código de los Regímenes Contributivos del

¹ Véase artículos L611-1 y ss. del Código francés de la Seguridad Social (*Code de la Sécurité Sociale*). Sobre el tema, clásico, véase Jean-Jacques DUPEYROUX, Michel BORGETTO, Robert LAFORE y Rolande RUELLAN, *Droit de la sécurité sociale*, 15ª ed., Dalloz (París, 2005), págs. 933 y ss.

² Véanse Títulos IV (artículos 305 y ss.) y V (artículos 327 y ss.) de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015. Sobre el tema, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, Alberto ARUFE VARELA y Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017), págs. 204 y ss.

³ Cfr. artículo 51, apartado 1.

⁴ Sobre los párrafos correspondientes de los diversos Libros del Código alemán de Seguridad Social (*Sozialgesetzbuch*), véase Alberto ARUFE VARELA, «Las fuentes normativas de Derecho comparado aparentemente inspiradoras del régimen legal de nuestros trabajadores autónomos económicamente dependientes», *Justicia Laboral*, núm. 39 (2009), págs. 93 y ss.

Sistema de Previsión de Seguridad Social, quiénes son los trabajadores independientes beneficiarios de la protección social regulada en la citada Ley núm. 4/2007, bien a título de trabajadores independientes que son titulares de negocios no societarios (sean o no trabajadores autónomos económicamente dependientes)⁵, bien a título de socios de sociedades dedicadas a la explotación de actividades empresariales o profesionales⁶.

II. LA SINGULARIDAD PORTUGUESA, DESDE EL PUNTO DE VISTA OBJETIVO

La segunda gran singularidad de la protección social portuguesa de los trabajadores independientes se refiere a la concreta protección social ofrecida, contemplando esta última desde un punto de vista objetivo o material. Esta segunda singularidad se refiere a la necesidad de distinguir entre protección social derivada de riesgos comunes y protección social derivada del accidente de trabajo⁷. La protección social de los trabajadores

⁵ El régimen jurídico sustantivo de los trabajadores autónomos económicamente dependientes aparece contenido en el artículo 10 del Código del Trabajo de 2009, mencionándolos el citado Código de los Regímenes Contributivos, en su artículo 141, apartado 2, así como en su artículo 168, apartado 7

⁶ El citado Código define con carácter general los trabajadores independientes cubiertos, en su artículo 132. Especifica luego categorías concretas de trabajadores independientes cubiertos, en sus artículos 133, 134, 135 y 136. Por su parte, los trabajadores independientes excluidos aparecen casuísticamente enumerados, en su artículo 139, relativo —en algunos casos— a trabajadores independientes económicamente débiles, sobre todo del sector primario de la economía, como propietarios de pequeñas explotaciones agrícolas [cfr. apartado 1, letra b)], o propietarios de pequeñas embarcaciones [cfr. apartado 1, letra d)], siempre que trabajen personalmente en ellas. El propio Código también regula la figura de los trabajadores a domicilio (*trabalhadores no domicílio*), que son, en realidad, una categoría tradicional y residual de trabajadores autónomos económicamente dependientes (cfr. artículos 71 y ss.). Sobre estos últimos, véase António MONTEIRO FERNANDES, «A Situação Jurídica do Trabalhador no Domicílio», *Temas Laborales*, 1984, págs. 51 y ss.

⁷ Sobre esta singularidad, tan relevante desde un punto de vista comparatista, véase Mário SILVEIRO DE BARROS, *Los honorarios de abogados en procesos de seguridad social. Un estudio comparado de los ordenamientos norteamericano, español y portugués*, Atelier (Barcelona, 2017), págs. 137 y ss. También, Mário SILVEIRO DE BARROS, «La protección de las unidades familiares en Portugal», en el volumen *Protección de la familia y seguridad social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, tomo II, Laborum (Murcia, 2018), págs. 157 y ss.; y Mário SILVEIRO DE BARROS, «El régimen jurídico de la incapacidad permanente en el Derecho portugués de la Seguridad Social», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 14 (2018), págs. 201 y ss.

independientes derivada de riesgos comunes, interpretando esta última expresión en sentido muy amplio (esto es, comprensiva no sólo del accidente o enfermedad comunes, viudedad y orfandad derivadas de muerte provocada por accidente o enfermedad comunes, así como de la protección a la familia y de la vejez, sino también del desempleo y la enfermedad profesional), se encuentra regulada en el Código de los Regímenes Contributivos del Sistema de Previsión de Seguridad Social⁸. En cambio, la protección social de los trabajadores independientes derivada de accidente de trabajo no forma parte del sistema portugués de seguridad social, pues la Ley núm. 4/2007, de Bases del Sistema de Seguridad Social, remite —con carácter general— la protección social derivada del accidente de trabajo a una ley especial⁹. En lo tocante a los trabajadores independientes, su protección social aparece regulada en el artículo 4 de la Ley núm. 7/2009, que aprueba el Código del Trabajo (se trata de una de las disposiciones preliminares de dicho Código, pero que no forma parte del articulado del Código en cuestión). Ese precepto distingue dos tipos distintos de trabajadores independientes, siempre desde el punto de vista de su protección social derivada de accidente de trabajo. Se trata, de un lado, de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, que el precepto recién citado asimila integralmente a los trabajadores asalariados¹⁰; y de otro lado, el resto de trabajadores independientes, cuya protección social se encuentra en las antípodas de la protección social de que disfrutaban los trabajadores asalariados¹¹.

III. EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES INSTRUMENTALES LIGADOS A LA RELACIÓN JURÍDICA DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES PORTUGUESES

Como es lógico, esta segunda singularidad tiene repercusiones sobre el cumplimiento de los deberes vinculados a la relación jurídica de protección social, que es en el caso de los trabajadores independientes, como regla general, una relación bipolar, establecida entre el trabajador independiente y la entidad gestora de la protección social. Si se trata de

⁸ Cfr. artículo 141.

⁹ Cfr. artículo 107.

¹⁰ Cfr. apartado 1, letra c).

¹¹ Cfr. apartado 2.

protección social derivada de accidente de trabajo, la entidad gestora es una compañía privada de seguros, en la cual el trabajador independiente tiene que concertar obligatoriamente un contrato privado de seguro que cubra las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, con el consiguiente pago por el trabajador independiente de la prima de dicho contrato de seguro¹². En cambio, si se trata de protección social derivada de riesgos comunes, la entidad gestora es el Instituto de Seguridad Social, Instituto Público, en el cual el trabajador independiente queda inscrito inmediatamente después de comunicar el ejercicio de su actividad lucrativa a la Administración fiscal general¹³. Ahora bien, hace brillar esta regla general una excepción, que es la relativa al caso de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, pues en este otro caso la relación jurídica de protección social no tiene carácter bipolar, sino que es (al igual que ocurre en la hipótesis de los trabajadores asalariados) una relación jurídica triangular, cuyos tres vértices están encarnados respectivamente por el empresario, el trabajador autónomo económicamente dependiente y la entidad gestora de la protección social. Esta última entidad, al igual que sucede en la hipótesis de los trabajadores autónomos que no son económicamente dependientes, puede serlo, bien una compañía privada de seguros (si se trata de protección social derivada de accidente de trabajo), bien el Instituto de Seguridad Social, Instituto Público (si se trata de protección social derivada de riesgos comunes), aunque teniendo en cuenta que en estos dos supuestos el empresario del trabajador autónomo económicamente dependiente asume el cumplimiento de deberes instrumentales de protección social (en la hipótesis de la protección social derivada de accidente de trabajo, concertando el

¹² Véase el artículo 4 de la Ley núm. 7/2009, que aprueba el Código del Trabajo, allí donde dicho precepto preliminar afirma que «el trabajador que ejerza actividad por cuenta propia debe contratar un seguro que garantice el pago de las prestaciones previstas en los artículos indicados en el número anterior [esto es, artículos 283 y 284 del Código del Trabajo] y la respectiva legislación reglamentaria [esto es, la Ley núm. 98/2009, que contiene el régimen de reparación de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales] [*o trabalhador que exerça actividade por conta própria deve efectuar um seguro que garanta o pagamento das prestações previstas nos artigos indicados no número anterior e respectiva legislação regulamentar*]» (apartado 2).

¹³ Cfr. artículo 143 del Código de los Regímenes Contributivos del Sistema de Previsión de Seguridad Social, allí donde afirma que «la administración fiscal comunica de oficio, por vía electrónica, a la institución de seguridad social competente el inicio de actividad de los trabajadores independientes, proporcionándole todos los elementos de identificación, incluyendo el número de identificación fiscal [*a administração fiscal comunica oficiosamente, por via electrónica, à instituição de segurança social competente o início de actividade dos trabalhadores independentes, fornecendo-lhe todos os elementos de identificação, incluindo o número de identificação fiscal*]» (apartado 1).

contrato privado de seguro y pagando la prima correspondiente¹⁴; en la hipótesis de la protección social derivada de riesgos comunes, abonando una cotización social, que tiene carácter adicional a la que debe abonar el trabajador autónomo económicamente dependiente¹⁵).

IV. LAS PRESTACIONES POR ACCIDENTE DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES PORTUGUESES

La regla general es la de que a los trabajadores independientes portugueses se les asignan las mismas prestaciones que legalmente corresponden a los trabajadores asalariados portugueses. Lo confirma el artículo 4 de la Ley núm. 7/2009, que aprueba el Código del Trabajo, allí donde este precepto introductorio afirma que «el régimen relativo a accidentes de trabajo ..., previsto en los artículos 283 y 284 del Código del Trabajo, con las necesarias adaptaciones, se aplica igualmente»¹⁶, de un lado, al trabajador autónomo económicamente dependiente (literalmente, «el prestador de trabajo, sin subordinación jurídica, que desarrolla su actividad con dependencia económica [*prestador de trabalho, sem subordinação jurídica, que desenvolve a sua actividade na dependência económica*])»¹⁷; y de otro lado, al trabajador independiente propiamente dicho (literalmente, «el trabajador que ejerza actividad por cuenta propia [*o trabalhador que exerça actividade por conta própria*])»¹⁸. Dicha remisión a los artículos 283

¹⁴ Véase el artículo 4 de la Ley núm. 7/2009, que aprueba el Código del Trabajo, allí donde dicho precepto preliminar afirma que «el régimen relativo a accidentes de trabajo ... se aplica igualmente ... a prestador de trabalho, sin subordinación jurídica, que desarrolla su actividad en dependencia económica, en los términos del artículo 10 del Código del Trabajo [*a prestador de trabalho, sem subordinação jurídica, que desenvolve a sua actividade na dependência económica, nos termos do artigo 10.º do Código do Trabalho*])» [apartado 1, letra c)].

¹⁵ Cfr. artículo 151 del Código de los Regímenes Contributivos del Sistema de Previsión de Seguridad Social, allí donde afirma —sobre la base de que el trabajador autónomo económicamente dependiente tiene el deber de pagar sus propias cotizaciones sociales (cfr. apartado 1)— que «la obligación contributiva de las entidades contratantes [esto es, los empleadores de los trabajadores autónomos económicamente dependientes] comprende el pago de las respectivas cotizaciones [*a obrigação contributiva das entidades contratantes compreende o pagamento das respectivas contribuições*])» (apartado 1), las cuales aparecen fijadas en el artículo 155.

¹⁶ Apartado 1.

¹⁷ *Ibidem*, letra c).

¹⁸ Apartado 2.

y 284 del Código del Trabajo provoca, a su vez, la aplicación del artículo 23 de la Ley núm. 98/2009, sobre el régimen de reparación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales¹⁹, donde aparecen genéricamente enumeradas las prestaciones (en especie y económicas) en que consiste la reparación de los daños provocados por un accidente de trabajo, y de las que pueden resultar beneficiarios tanto el trabajador independiente como sus causahabientes²⁰. Provoca, además, que hayan quedado obsoletas las «adaptaciones» del accidente de trabajo de trayecto (o accidente de trabajo *in itinere*) contenidas en el Decreto-ley núm. 159/99, sobre la reglamentación del seguro de accidente de trabajo para los trabajadores independientes²¹, dado que las mismas aparecen cubiertas con holgura en el amplísimo concepto de accidente de trabajo de trayecto contenido en el artículo 9 de la Ley núm. 98/2009²². Provoca, en fin, que también le resulte aplicable al trabajador autónomo económicamente dependiente la enmienda operada en el concepto genérico de accidente de trabajo contenida en esta última Ley, operada por la Ley núm. 83/2021, de modificación del teletrabajo (literalmente, «en el caso de teletrabajo o trabajo a distancia, se considera lugar de trabajo aquél que conste en el acuerdo de teletrabajo [*no caso de teletrabalho ou trabalho à distância, considera-se local de trabalho aquele que conste do acordo de teletrabalho*])»²³.

V. LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES PORTUGUESES

Supuesto que los trabajadores independientes portugueses, sean o no trabajadores autónomos económicamente dependientes, están incluidos en el sistema contributivo (recuérdese, «de previsión») portugués de

¹⁹ Al respecto, véase Pedro ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 8ª ed., Almedina (Coimbra, 2017), págs. 839 y ss.

²⁰ Dichas prestaciones, en el caso de las prestaciones en especie, aparecen reguladas en los artículos 25 a 46; y en el caso de las prestaciones en dinero, en los artículos 47 a 77.

²¹ Cfr. su artículo 6.

²² Sobre el tema, véase Julio GOMES, *O acidente de trabalho. O acidente in itinere e a sua descaracterização*, Coimbra Editora (Coimbra, 2013), págs. 95 y ss.

²³ Cfr. su artículo 4, añadiendo una nueva letra c) al apartado 2 del artículo 8 de la Ley núm. 98/2009. Sobre dicha ley, véase Teresa COELHO MOREIRA, «Teletrabalho em tempos de pandemia: algumas questões», *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, núm. 1 (2021), págs. 1299 y ss.

seguridad social²⁴, resulta comprensible que dichos trabajadores disfruten de protección de seguridad social por desempleo, dado que esta última forma parte —según la Ley núm. 4/2007, de Bases del Sistema de la Seguridad Social— del sistema contributivo regulado por la misma²⁵. Al tratarse de protección contributiva, resulta igualmente comprensible que la misma aparezca regulada en el citado Código de los Regímenes Contributivos del Sistema de Previsión de Seguridad Social, cuyo artículo 141 —a propósito siempre de la protección contributiva por desempleo— distingue dos supuestos de hecho diferentes²⁶. En primer lugar, la protección por desempleo de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, respecto de la que dicho precepto afirma que se encuentra regulada en el «Decreto-ley núm. 65/2012 de 15 de marzo»²⁷. En segundo lugar, la protección por desempleo de los trabajadores independientes que no son económicamente dependientes (más en concreto, entre otros, los que «sean empresarios a título individual o titulares de un establecimiento individual de responsabilidad limitada [*sejam empresários em nome individual ou titulares de estabelecimento individual de responsabilidade limitada*])»²⁸, respecto de los que el propio precepto afirma que su protección por desempleo se encuentra regulada en «legislación propia»²⁹, resultando que esta legislación es el Decreto-ley núm. 12/2013, de 25 enero. Ahora bien, a diferencia de lo que sucede con la protección por desempleo de los trabajadores asalariados, la protección por desempleo de los trabajadores independientes portugueses es rígidamente contributiva, dado que si no se encuentran al corriente en el pago de sus cotizaciones sociales, no podrían llegar a percibir prestaciones por desempleo, por así disponerlo expresamente el citado Decreto-ley núm. 12/2013³⁰, respecto de los

²⁴ Véase *supra*, I.

²⁵ Cfr. su artículo 52, apartado 1, letra c).

²⁶ Sorprendentemente (y quizá, inconstitucionalmente), dicho Código no incluye a los trabajadores a domicilio en la protección por desempleo (cfr. su artículo 72).

²⁷ Apartado 2.

²⁸ Apartado 3. También quedan protegidos los «respectivos cónyuges referidos en la letra b) del núm. 1 del artículo 134 [*respectivos cônjuges referidos na alínea b) do n.º 1 do artigo 134.º*]» (*ibidem*).

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Véase su artículo 7, que considera condición inexcusable para la percepción de prestaciones por desempleo la «situación contributiva regularizada ante la seguridad social [*situação contributiva regularizada perante a segurança social*]» [apartado 1, letra c)], teniendo en cuenta que esa situación regularizada se refiere a la «contingencia de desempleo de los trabajadores independientes con actividad empresarial y de los miembros de los órganos estatutarios de las personas colectivas [*eventualidade de desemprego dos* ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 245-257

trabajadores independientes propiamente dichos, aplicándoseles a los trabajadores autónomos económicamente dependientes, a este mismo efecto, las normas generales sobre invitación al pago de las cotizaciones sociales debidas, que contiene el Código de los Regímenes Contributivos del Sistema de Previsión de Seguridad Social³¹.

VI. LAS PRESTACIONES POR RIESGOS COMUNES DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES PORTUGUESES

El artículo 141 del Código de los Regímenes Contributivos del Sistema de Previsión de Seguridad Social transpone a la perfección la Ley núm. 4/2007, de Bases del Sistema de la Seguridad Social³², allí donde afirma —a propósito de las prestaciones por riesgos comunes de los trabajadores independientes portugueses— que «la protección social otorgada por el régimen de los trabajadores independientes comprende la protección de las contingencias de enfermedad, protección a la familia, enfermedades profesionales, invalidez, vejez y muerte [*a protecção social conferida pelo regime dos trabalhadores independentes integra a protecção nas eventualidades de doença, parentalidade, doenças profissionais, invalidez, velhice e morte*]»³³. En principio, los requisitos que hay que cumplir para recibir estas prestaciones son idénticos para los trabajadores asalariados y para los trabajadores independientes, sean o no económicamente dependientes, por lo que a los segundos también se les exige —a efectos de percibir la pensión de vejez— el cumplimiento de un período mínimo de cotización (o «plazo de garantía [*prazo de garantia*]») de «15 años civiles, seguidos o interpolados, con registro de remuneraciones

trabalhadores independentes com atividade empresarial e dos membros dos órgãos estatutários das pessoas coletivas» (cfr. artículo 1).

³¹ Cfr. artículos 217 y ss.

³² Cfr. artículo 52.

³³ Apartado 1. Téngase en cuenta, por paradójico que pueda resultar, que en Portugal la enfermedad profesional queda asimilada, a efectos de su protección por el sistema de seguridad social, no al accidente de trabajo, sino a la enfermedad común. Respecto de esto último, véase artículo 93 de la Ley núm. 98/2009, según el cual «la protección de la contingencia de enfermedades profesionales se integra en el ámbito material del régimen general de seguridad social de los trabajadores vinculados por contrato de trabajo y de los trabajadores independientes [*a protecção da eventualidade de doenças profissionais integra-se no âmbito material do regime geral de segurança social dos trabalhadores vinculados por contrato de trabalho e dos trabalhadores independentes*]».

[15 anos civis, seguidos ou interpolados, com registro de remunerações]»³⁴. Ahora bien, a diferencia de lo que sucede con los trabajadores asalariados, los trabajadores independientes portugueses tienen que estar al corriente en el pago de sus cotizaciones sociales, a efectos de poder percibir las citadas prestaciones derivadas de riesgos comunes, de manera que el pago de las prestaciones debidas queda suspendido hasta que el beneficiario regularice su situación contributiva³⁵, pero teniendo en cuenta que si el beneficiario no regulariza su situación dentro de plazo, entonces dicho beneficiario únicamente «retoma el derecho a las prestaciones a que hubiese lugar a partir del día siguiente en que se produzca la regularización [retoma o direito às prestações a que houver lugar a partir do dia subsequente àquele em que ocorra a regularização]»³⁶.

VII. LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL, EN MATERIA SOCIAL, DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES PORTUGUESES

Desde un punto de vista jurisdiccional, no hay diferencias entre los trabajadores asalariados portugueses y los trabajadores independientes portugueses, en lo tocante a la reclamación en juicio de sus derechos de protección social³⁷. En efecto, si se trata de reclamar prestaciones derivadas de riesgos comunes, unos y otros trabajadores tienen que acudir a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa portuguesa (denominados, en Portugal, tribunales administrativos), pues según la Ley núm. 4/2007, de Bases del Sistema de la Seguridad Social, «las acciones y omisiones de la administración en el ámbito del sistema de seguridad social son susceptibles de reacción contenciosa, en los términos del Código del

³⁴ Cfr. artículo 19 del Decreto-ley núm. 187/2007, 10 mayo, sobre el régimen jurídico de las contingencias de invalidez y vejez del régimen general de seguridad social.

³⁵ Cfr. artículo 217 del Código de los Regímenes Contributivos del Sistema de Previsión de Seguridad Social.

³⁶ Cfr. artículo 219, apartado 3, del Código de los Regímenes Contributivos del Sistema de Previsión de Seguridad Social.

³⁷ Al respecto, véase Mário SILVEIRO DE BARROS, «El régimen procesal de la protección por accidentes de trabajo en Portugal», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. X (2018), págs. 157 y ss. También, Mário SILVEIRO DE BARROS, «Peculiaridades procesales de la protección de los beneficiarios de la seguridad social no contributiva en Portugal», en el volumen *Seguridad social para todas las personas. La protección de la seguridad social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social*, Laborum (Murcia, 2021), págs. 741 y ss.

Proceso en los Tribunales Administrativos [*as acções e omissões da administração no âmbito do sistema de segurança social são susceptíveis de reacção contenciosa nos termos do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*]³⁸. En cambio, si se trata de reclamar prestaciones derivadas de accidentes de trabajo, ambos tipos de trabajadores tienen que acudir a los tribunales laborales portugueses, pues —según la Ley núm. 62/2013, de Organización del Sistema Judicial— «compete a los juzgados de trabajo conocer [*compete aos juízos do trabalho conhecer*]³⁹, entre otros muchos asuntos, «de las cuestiones derivadas de accidentes de trabajo [*das questões emergentes de acidentes de trabalho*]⁴⁰, pero teniendo en cuenta que, a efectos jurisdiccionales, las enfermedades profesionales —en principio, asimiladas a las enfermedades comunes, desde un punto de vista sustantivo— quedan asimiladas, en cambio, a los accidentes de trabajo⁴¹.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

— Alberto ARUFE VARELA, «Las fuentes normativas de Derecho comparado aparentemente inspiradoras del régimen legal de nuestros trabajadores autónomos económicamente dependientes», *Justicia Laboral*, núm. 39 (2009).

— Teresa COELHO MOREIRA, «Teletrabalho em tempos de pandemia: algumas questões», *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, núm. 1 (2021).

— Jean-Jacques DUPEYROUX, Michel BORGETTO, Robert LAFORE y Rolande RUELLAN, *Droit de la sécurité sociale*, 15^a ed., Dalloz (París, 2005).

— Julio GOMES, *O acidente de trabalho. O acidente in itinere e a sua descaracterização*, Coimbra Editora (Coimbra, 2013).

³⁸ Cfr. artículo 77. Dentro de los tribunales administrativos portugueses, conocen de este tipo de pleitos unos tribunales administrativos especiales, denominados «juzgados administrativos sociales [*juízos administrativos sociais*]». En relación con esto último, véase artículo 44.A de la Ley núm. 13/2002, que aprueba el Estatuto de los Tribunales Administrativos y Fiscales.

³⁹ Cfr. artículo 126, apartado 1.

⁴⁰ *Ibidem*, letra c).

⁴¹ *Ibidem*.

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, Alberto ARUFE VARELA y Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017).

— António MONTEIRO FERNANDES, «A Situação Jurídica do Trabalhador no Domicílio», *Temas Laborales*, 1984.

— Pedro ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 8ª ed., Almedina (Coimbra, 2017).

— Mário SILVEIRO DE BARROS, *Los honorarios de abogados en procesos de seguridad social. Un estudio comparado de los ordenamientos norteamericano, español y portugués*, Atelier (Barcelona, 2017).

— Mário SILVEIRO DE BARROS, «El régimen procesal de la protección por accidentes de trabajo en Portugal», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. X (2018).

— Mário SILVEIRO DE BARROS, «La protección de las unidades familiares en Portugal», en el volumen *Protección de la familia y seguridad social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, tomo II, Laborum (Murcia, 2018).

— Mário SILVEIRO DE BARROS, «El régimen jurídico de la incapacidad permanente en el Derecho portugués de la Seguridad Social», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 14 (2018).

— Mário SILVEIRO DE BARROS, «Peculiaridades procesales de la protección de los beneficiarios de la seguridad social no contributiva en Portugal», en el volumen *Seguridad social para todas las personas. La protección de la seguridad social a las personas en situación de vulnerabilidad económica y fomento de su inclusión social*, Laborum (Murcia, 2021).

WHISTLEBLOWING: LA TUTELA DEL TRABAJADOR DENUNCIANTE EN PORTUGAL*

[*WHISTLEBLOWING: THE PROTECTION OF THE WHISTLEBLOWER
WORKER IN PORTUGAL*]

Luísa Teixeira Alves

Fecha de recepción: 17 de agosto de 2022

Fecha de aceptación: 5 de septiembre de 2022

Sumario: 1. LA TUTELA DE LOS *WHISTLEBLOWERS*: INTRODUCCIÓN AL TEMA.- 2. ENCUADRAMIENTO Y ANTECEDENTES NORMATIVOS.- 3. EL ORDENAMIENTO PORTUGUÉS.- 4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.- 5. LA DIRECTIVA 2019/1937 Y EL PUNTO DE SITUACIÓN GENERAL.- 6. LA SOLUCIÓN ENCONTRADA PARA PORTUGAL: LA LEY 93/2021.

Contents: 1. *THE PROTECTION OF THE WHISTLEBLOWERS*.- 2. *FRAMEWORK AND LEGAL BACKGROUND*.- 3. *THE PORTUGUESE LEGAL ORDER*.- 4. *THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS*.- 5. *THE DIRECTIVE 2019/1937 AND THE GENERAL SITUATION*.- 6. *LA PORTUGUESE SOLUTION: THE ACT 93/2021*.

Resumen: El presente estudio, después de evidenciar los antecedentes de la Directiva europea que se ocupa de la protección de los *whistleblowers*, analiza los aspectos esenciales de dicho instrumento normativo comunitario, confrontándolo con la ley que, en Portugal, procedió a su transposición en el ordenamiento jurídico nacional. También se tiene en cuenta la incipiente elaboración jurisprudencial del tema en Portugal, a pesar de la existencia de instrumentos internacionales, vinculantes para este Estado, en que los principios y directrices fundamentales a tener en cuenta al abordar la materia ya se encontraban consagrados. La inferencia básica que el estudio

* Traducción al castellano, desde el portugués original («*Whistleblowing: a tutela do trabalhador em Portugal*»), de Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela.

posibilita es la de la insuficiencia del régimen legal establecido, para la realización de los objetivos de tutela definidos por la Directiva y sus antecedentes internacionales.

***Abstract:** The present essay, after highlighting the antecedents of the European Directive that deals with the protection of whistleblowers, analyzes the essential aspects of this instrument, comparing it with the law that, in Portugal, proceeded to its transposition into the national legal system. The incipient jurisprudential elaboration of the subject in Portugal is also assessed, despite the existence of international instruments, binding for this State, in which the fundamental principles and guidelines to be followed in the approach to the matter were already enshrined. The basic inference that the study makes possible is the insufficiency of the established legal regime, for the accomplishment of the protection objectives defined by the Directive and its international antecedents.*

Palabras clave: Denunciante, Directiva europea, Portugal

***Keywords:** Whistleblower, European Directiv, Portugal*

* * *

1. LA TUTELA DE LOS *WHISTLEBLOWERS*: INTRODUCCIÓN AL TEMA

1.1 La palabra anglosajona «*whistleblowing*» traduce un fenómeno impulsado desde los Estados Unidos¹, pudiendo caracterizarse como la divulgación llevada a cabo por una persona², generalmente en situación privilegiada —trabajador o miembro de una institución, pública o privada—, de una ofensa, irregularidad o actividad criminal, cometida dentro de la institución, de la cual la misma haya sido testigo en el ejercicio de sus funciones y cuya divulgación es de interés público.

La importancia de otorgar protección a las personas que denuncian informaciones, obtenidas en el ámbito de las actividades profesionales, relativas a delitos, o a otras irregularidades o infracciones que perjudiquen o lesionen intereses que extravasan las organizaciones o entidades en que surgen dichas violaciones del Derecho, ha sido reconocida como muy esencial en todo el mundo³, considerándose actualmente uno de los principales instrumentos en la lucha contra la corrupción, fraude y delitos conexos, permitiendo reducir o incluso eliminar el riesgo profesional y personal incentiva la comunicación de la irregularidad, lo que, a su vez,

¹ Ya en el siglo XIX («False Claim Acts»), comenzando a ganar consistencia, más recientemente, como consecuencia de escándalos financieros y fraudes contables que produjeron la caída de grandes compañías (casos Enron, WorldCom, Tyco International, Qwest Communications): la legislación norteamericana [destacando particularmente la Ley Sarbanes-Oxley (SOX) Act, de 30.07.2002] pasó a prever medidas de protección de los trabajadores de instituciones públicas o privadas, señaladamente, de las sociedades cotizadas en bolsa, que actuasen como denunciantes —*whistleblowers*— en relación con irregularidades de que hubiesen sido testigos en el ejercicio de sus funciones. La tutela de los *whistleblowers* imponía la prohibición de represalias y la obligación de establecer canales de denuncia. Sobre este punto, véase Brandão, Nuno, «O whistleblowing no ordenamento jurídico português», *Revista do MP*, 161, Ene-Mar 2020, pp. 99-113.

² Estas personas son usualmente denominadas con el término inglés «*whistleblowers*», pero, en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros de la Unión Europea se acogen expresiones propias. Así, en portugués; «*denunciante*»; en español, «*informante*»; en italiano, «*segnalante*»; en francés, «*lanceur d'alerte*».

³ Para mayor profundización, consultar «Study on Whistleblower Protection Frameworks, Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation», en <https://www.oecd.org/corruption> o NWC - National Whistleblower Center, disponible en: <https://www.whistleblowers.org/whistleblower-laws-around-the-world>, también, la «Transparência e Integridade Portugal», disponible en: <https://transparencia.pt/>.

contribuye a su descubrimiento y prevención y fortalece la transparencia e integridad, salvaguardando el interés público y el «bienestar» social.

2. ENCUADRAMIENTO Y ANTECEDENTES NORMATIVOS

2.1. En el ámbito internacional, algunos Convenios establecen normas y principios que tienen a la vista la protección, en ciertas situaciones, de las personas que denuncian delitos o irregularidades. Destacan los siguientes:

a) Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁴ —relativo a la terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador— que consagra, en el apartado c) del artículo 5, que «no constituyen motivos válidos para el despido, la presentación de una queja contra el empleador por causa de supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o el recurso a las autoridades administrativas competentes»;

b) Convenio de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC)⁵, que pide a los Estados Miembros que consideren incorporar, a sus respectivos sistemas jurídicos, medidas adecuadas para asegurar la protección contra cualquier trato injustificado de quien preste, a las autoridades competentes, de buena fe y con base en sospechas razonables, informaciones sobre cualesquiera hechos relativos a las infracciones establecidas de conformidad con el presente Convenio (artículo 33.- Protección de las personas que dan informaciones).

2.2. En el viejo continente, el Consejo de Europa⁶ —un organismo supranacional de ámbito europeo creado el 5 mayo 1949, con el objetivo de defender los derechos humanos y las libertades fundamentales, y que es la

⁴ Convenio núm. 158 de la OIT, disponible en: <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-no-158-da-organizacao-internacional-do-trabalho-relativa-cessacao-do-contrat-1>.

⁵ Convenio de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC), disponible en: <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-contra-corrupcao-0>.

⁶ Accesible a través de la dirección electrónica: www.coe.int. Acerca de todas las potencialidades de este sitio de Internet, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos)», Netbiblo (A Coruña, 2009), pp. 53 y ss.

más antigua institución europea en funcionamiento, integrando 47 Estados miembros— fue pionero en la exhortación y establecimiento de normas y principios orientadores a los Estados miembros⁷, en el sentido de establecer un marco normativo, institucional y judicial, incluidos convenios colectivos de trabajo, de carácter inclusivo, con el objetivo de proteger a las personas que, en el contexto de su relación de trabajo, denuncien o divulguen informaciones sobre amenazas o daños al interés público. En este sentido, véase la Resolución 1729 (2010) de la Asamblea Parlamentaria, en la cual la Asamblea invita a los Estados miembros a revisar su legislación relativa a la protección de los denunciantes, y la Recomendación del Consejo de Ministros CM/Rec (2014) sobre la protección de denunciantes⁸.

2.3. Esta última Recomendación [Rec.CM (2014)], aun cuando no sea vinculante, representa un acuerdo de política común que los Estados miembros deben procurar atender. Este instrumento jurídico es el primero, a nivel europeo, que traduce el marco más inclusivo sobre la protección de denunciantes, por lo que a continuación se resumen las principales coordenadas.

Destaca la definición del concepto de «denunciante» o *whistleblower*⁹, que sería «cualquier persona que denuncie o divulgue

⁷ El Convenio Penal sobre Corrupción, Estrasburgo, abierto a la firma en 27 enero 1999 (adoptado por Portugal; cfr. Resolución de la Asamblea de la República, núm. 68/2001 y ratificado por Decreto del Presidente de la República núm. 56/2001, ambos de 26 octubre 2001), consagra expresamente una norma (artículo 22) que compromete a los Estados a cumplir la obligación de adoptar medidas de protección efectivas y adecuadas «para los colaboradores de la justicia y testigos» que suministren informaciones. También el Convenio Civil contra la Corrupción, Estrasburgo, abierto a la firma en 4 noviembre 1999, y no adoptado por Portugal, consagra expresamente en su artículo 9 la protección de «trabajadores», instando a cada Estado miembro a prever en su Derecho interno «la protección adecuada contra cualquier sanción para los trabajadores que tengan motivos razonables para sospechar corrupción y que denuncien de buena fe sus sospechas a las personas o autoridades responsables». Ambos Convenios se encuentran disponibles en el sitio del Consejo de Europa <https://www.coe.int/en/web/portal>. Hay que apuntar también que, en el mismo año de 1999, se instituyó, en el ámbito del Consejo de Europa, el «Grupo de Estados contra la Corrupción – GRECO», mecanismo de evaluación y control anticorrupción, el cual puede ser consultado a través del link: <https://www.coe.int/en/web/greco>.

⁸ Ambas disponibles en: www.coe.int.

⁹ Sobre la diferencia entre las figuras del denunciante o *whistleblower* y del agente arrepentido o del criminal que colabora con las autoridades judiciales teniendo a la vista una atenuación o exención de la pena («colaboración premiada»), es la de que en este último caso, el individuo que comunica el delito a las autoridades o colabora con las

informaciones sobre una amenaza o daño al interés público en el contexto de su relación de trabajo, sea en el sector público o privado».

Este marco incluye las personas cuya relación de trabajo haya terminado y, eventualmente, aún no haya comenzado (reclutamiento). Quedan fuera de la protección de este instrumento normativo otras situaciones, como por ejemplo, los facilitadores y terceros que estén ligados a los denunciantes y que puedan ser blanco de represalia en un contexto profesional, tales como colegas o familiares de los denunciantes¹⁰.

Por otro lado, se prevé el derecho de mantener la confidencialidad de la identidad del denunciante, sujeto a garantías de juicio justo¹¹. Se instituye el deber de establecer canales de denuncia, pudiendo privilegiarse los canales internos y la obligación de informar al denunciante de las medidas tomadas en respuesta a la denuncia. Se consagran, finalmente, medidas de protección contra cualquier forma de represalia *por parte del empleador o de su representante*.

2.4. En el plano de la Unión Europea¹², se han producido, en esta materia, diversos actos normativos en que se asume como esencial la protección efectiva de los denunciantes, pero con un alcance limitado a los sectores específicos incluidos¹³; por eso, la propia Comisión Europea

mismas es él mismo un agente de dicho delito, mientras que un denunciante o *whistleblower* nunca toma parte como autor o cómplice del ilícito (en este sentido, véase «Proteger a quien denuncia», Transparencia Internacional, Portugal, accesible en el link <https://transparencia.pt/>).

¹⁰ Situaciones que vendrían a ser expresamente consagradas en la Directiva 2019/1937 (núms. 3 y 4 del artículo 4 - Ámbito de aplicación personal).

¹¹ Téngase en cuenta que «confidencialidad» no significa «anonimato». La garantía de confidencialidad implica que la identidad del denunciante no debe ser revelada durante el procedimiento de averiguación —asumiendo la entidad competente la responsabilidad de mantener la reserva, pero se conoce en el momento de la denuncia. A la inversa, en el anonimato, la identidad del denunciante no se conoce, ni en el momento de la denuncia.

¹² Y hasta la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 octubre 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 26 noviembre 2019.

¹³ Por ejemplo, en las áreas de la aviación civil [Reglamento (EU) 376/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 abril 2014]; transporte marítimo (Directiva 2013/54/EU, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 noviembre 2013, y Directiva 2009/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 abril 2009, disponibles, respectivamente, Diario Oficial L 329 de 10 diciembre 2013 y Diario Oficial L 131, de 28 ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 259-287

reconoció que las medidas establecidas para los sectores en cuestión, como los canales de denuncia propios, con diferentes niveles de protección, «no resolvían todas las demás situaciones» —de necesidad de tutela de los *whistleblowers*— en los restantes dominios fuera de las áreas sectoriales reguladas, «no garantizando un marco mínimo de protección común a todos los Estados miembros».

Es éste el contexto¹⁴ de «fragmentación» de la protección de los *whistleblowers* que impulsó la actuación europea, viniendo a dar origen a la Directiva 2019/1937¹⁵.

3. EL ORDENAMIENTO PORTUGUÉS

3.1. En lo que respecta al ordenamiento portugués, la figura del *whistleblower* no tiene tradición en la cultura jurídica (penal o laboral), no existiendo un régimen jurídico general de protección de trabajadores denunciantes de infracciones de las que tuvieran conocimiento en su actividad profesional. La materia ha sido tratada en normas de carácter general sobre denuncias¹⁶ y en normas específicas, señaladamente, en el

mayo 2009); ambiente y seguridad de las operaciones offshore de petróleo y gas (Directiva 2013/30/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 junio 2013); abuso del mercado [Reglamento (EU) 596/2014, de 16 abril 2014, en Diario Oficial L 173 de 12 junio 2014]; blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (Directiva 2015/849/UE del Parlamento y del Consejo, Diario Oficial L 141/73, de 20 mayo 2015); informaciones comerciales confidenciales (Directiva 2016/943/EU del Parlamento y del Consejo, Diario Oficial 157/1, de 8 junio 2016).

¹⁴ Mereciendo también una referencia, en los antecedentes de la Directiva 2019/1937, la Resolución del Parlamento Europeo de 14 febrero 2017 (Diario Oficial 2018/C 252/07), la Comunicación del Consejo Europeo de 11 octubre 2016 — Conclusiones sobre transparencia fiscal, accesible en el link: <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2016/10/11/ecofin-conclusions-taxtransparency/>, la Comunicación de la Comisión Europea, Anexo — Procedimientos administrativos para la gestión de las relaciones con los autores de las denuncias en materia de aplicación del Derecho de la Unión Europea, disponible en Diario Oficial 2017/C 18/02, y también la Propuesta de Directiva COM(2018) que la antecede, de 23 abril 2018, accesible en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:a4e61a49-46d2-11e8-be1d-01aa75ed71a1.0019.02/DOC_1&format=PDF.

¹⁵ Según la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva.

¹⁶ En particular, los artículos 38 del Código Penal y 241, 242 y 244 a 246 del Código del Proceso Penal, que admiten la denuncia, incluyendo la denuncia anónima y, en ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 259-287

ámbito de la protección de testigos en el proceso penal¹⁷, de medidas de lucha contra la corrupción¹⁸ y el blanqueo de capitales¹⁹.

3.2. No obstante, la Ley 19/2008, de 21 abril (Medidas de lucha contra la corrupción), estableció, en su artículo 4, bajo el rótulo «Garantías de los denunciantes», un principio genérico de protección incluyendo sólo los trabajadores de la Administración pública y de empresas del sector empresarial del Estado que denuncien la comisión de infracciones de las que tuvieran conocimiento en el ejercicio de sus funciones o por causa de ellas. Solamente en 2015, con las modificaciones introducidas por la Ley 30/2015, de 22 abril, se extendió al sector privado dicha tutela.

Las garantías se resumían en prever que los denunciantes no podían ser perjudicados, de ninguna forma, incluyendo la transferencia no voluntaria, a consagrar la presunción de sanción disciplinaria abusiva si aplicada en el plazo de 1 año después de la denuncia, e incluso a reconocer el derecho al anonimato e a la transmisión si se pide, sin facultad de negarse, tras presentar la acusación.

La modificación de la Ley 30/2015 introdujo también la posibilidad de aplicación de las medidas para la protección de testigos en el proceso penal.

3.3. Como se constata, el nivel de protección del trabajador denunciante contra ciertas represalias, otorgado por la Ley en Portugal, es muy deficitario, no previendo, señaladamente, la ampliación de la protección a denunciantes que no son funcionarios o trabajadores, la garantía de confidencialidad, la obligación de retorno informativo en tiempo al denunciante, sobre las medidas adoptadas, la institucionalización formal de canales de denuncia, diligentes, libres y creíbles, y garantías de no represalia, amenazas incluidas.

el caso de los funcionarios públicos, la denuncia obligatoria en relación con los delitos conocidos en el ejercicio de las funciones y por causa de ellas.

¹⁷ Ley 93/99, de 14 julio (regula la aplicación de medidas para la protección de testigos en el proceso penal), teniendo que ponerse de relieve que la cualidad de «testigo», tal y como se define en la Ley (en especial la naturaleza penal y la exigencia de existencia de peligro sobre sí u otro), puede no coincidir con un denunciante.

¹⁸ Ley 19/2008, de 21 abril (Medidas de lucha contra la corrupción).

¹⁹ Ley 25/2008, de 5 junio, de lucha contra el blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

3.4. La insuficiente previsión de garantías legales, aliada a la inexistencia de una visión clara y estructurada del *whistleblowing* —en cuanto que sistema y cultura a ser promovidos—, ausentes por un lado, en la creación en las empresas de condiciones para la denuncia, y por otro, en una perspectiva ética de la figura del denunciante, que actúa teniendo a la vista la defensa del interés general y la búsqueda del bien común (pudiendo ser excluida la tutela legal plena en las situaciones en que los trabajadores denunciantes actuasen por venganza, envidia, amargura, resentimiento, rencor), han marcado, en este aspecto, el ordenamiento portugués²⁰ —lo que explica también el interés prácticamente nulo, bien de la jurisprudencia, bien de la doctrina.

3.5. Algunas decisiones judiciales, dentro de las pocas que es posible consultar²¹, hacen referencia al trabajador denunciante, considerando, en síntesis conclusiva, que el deber de lealtad y confidencialidad del trabajador no debe sólo prevalecer, señaladamente, frente al honor y el buen nombre de los afectados, cuando las situaciones irregulares por él denunciadas están fundamentadas y probadas. Siguen algunas de las decisiones ilustrativas:

a) Afirma la Sentencia del Tribunal de la Relación de Oporto, de 23 abril 2012 (P178/08.5TTBCL.P2, Ponente Eduardo Petersen Silva), que «probándose que el trabajador integraba el piquete de huelga y que pidió reunión con el Inspector de Juegos para el acceso del piquete ... y que en esa reunión se denunció, por persona no legitimada, la constitución de un

²⁰ El término «denunciante», «delator», «informador», «bufo», con varios sentidos posibles, está asociado de forma peyorativa a los que daban a conocer a la PIDE —policía política del régimen corporativo— anterior al 25 abril 1974, los nombres de los individuos que «aparentasen disonancia» con el régimen político vigente. Estas «denuncias» se basaban fundamentalmente en motivaciones (poco éticas, como la venganza), por lo que, para la comunidad general al margen del aparato político, los informantes eran vistos como «traidores» y el silencio considerado como «acto de heroísmo». Téngase en cuenta que la solución preconizada por la Directiva 2019/1937 —en que están en causa violaciones del Derecho de la Unión Europea— considera que «los motivos que llevan a los denunciantes a hacer la denuncia deberán ser irrelevantes para la decisión sobre si se les deberá conceder protección». Véase Considerando 32, *in fine* y artículo 6. Esta cultura privilegia el interés general (salvaguarda de cuestiones ligadas, señaladamente, a la seguridad y salud pública, ambientales, delitos financieros, corrupción, blanqueo de capitales, terrorismo), en detrimento de intereses particulares, y promueve el «denunciante de violaciones del derecho que protege esos intereses», como un héroe o «ciudadano vigilante» (al que hay que proteger de represalias).

²¹ Accesibles en www.dgsi.pt.

segundo fondo de manejo de la caja que condujo a que el empleador fuese sancionado con multa —ha de presumirse abusiva la sanción disciplinaria aplicada al trabajador ... por estar inequívocamente en cuestión el co-ejercicio de funciones sindicales y por ser derecho del trabajador, en cuanto que ciudadano, denunciar directamente a las autoridades cualquier ilegalidad, no pudiendo este derecho ser coartado por la orden de servicio violada» (subrayado nuestro);

b) En la Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 3 marzo 2004 (P. 03S2731, Ponente Vítor Mesquita), se lee que «no lleva a cabo un comportamiento integrador de justa causa de despido el trabajador ingeniero que, constatando que su entidad patronal incurrió en una situación de ilegalidad al proceder a obras de ampliación de su sede a ser ejecutadas por constructor diferente del indicado en la Cámara Municipal y de forma distinta a la proyectada, reclama ante el empleador contra esa situación y practica actos tendentes a reponer la legalidad, lo que el empleador ignora, y va a denunciar a la Comisión de Albaranes de Empresas de Obras Públicas y Particulares, con copia al Presidente de la Cámara, a la Dirección del Colegio de Ingenieros, al Secretario de Estado de Obras Públicas y al Proveedor de Justicia. En la medida en que en las decisiones dictadas como consecuencia de la denuncia del trabajador se constató la existencia de incuria de las entidades implicadas y de ilegalidades cometidas por el empleador, hay que concluir que su buen nombre quedó en cuestión y su prestigio afectado, en definitiva, en virtud de un acto suyo, que el trabajador sólo visibilizó o exteriorizó»;

c) A su vez, se puede leer en la Sentencia del Tribunal de la Relación de Oporto de 8 octubre 2012 (P. 346/11.2TTVRL.P2, Ponente Paula Leal de Carvalho), que «el trabajador no está impedido ni eso viola el deber de lealtad para con el empleador, de denunciar situaciones, que consubstancien violación, por parte de éste, de obligaciones legales que sobre él graviten, señaladamente en materia de condiciones de higiene y salubridad del lugar de trabajo. En consecuencia, efectuado tal denuncia competirá al trabajador la prueba de la veracidad de los hechos denunciados, so pena, de no hacerlo, de violar los deberes de lealtad, de respeto y de defensa del buen nombre de su empleador» (subrayado nuestro);

d) También una Sentencia del Tribunal de la Relación de Coimbra de 27 septiembre 2012 (Ponente Luis Azevedo Mendes) considera que se da «justa causa de despido» en el caso en que un trabajador denunció ante la

Autoridad de Seguridad Alimentaria y Económica (ASAE) fallos en el área de seguridad e higiene, habiendo pedido anonimato. Esta denuncia provocó una fiscalización a su empleador, lo que permitió corregir las irregularidades, pero el Tribunal consideró que «el deber de lealtad prohíbe al trabajador hacer la denuncia y, al hacerlo, solicitar que su identidad permanezca confidencial» (subrayado nuestro).

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

4.1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretando y aplicando el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha asumido un papel decisivo en la construcción de una doctrina de protección reforzada del derecho fundamental consagrado en el propio Convenio, relativo a la «libertad de expresión»²².

Es en este derecho fundamental estructurante —el cual también tiene consagración expresa, bien en otros instrumentos internacionales, señaladamente en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales²³, ya en el ordenamiento portugués²⁴— en el que el Tribunal Europeo de Derechos

²² Según el tenor del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, bajo el rötulo «Libertad de expresión», «cualquier persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de transmitir informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de cualesquiera autoridades públicas y sin consideraciones de fronteras» (núm. 1). Añade el núm. 2 que «el ejercicio de estas libertades, dado que implica deberes y responsabilidades, puede someterse a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección del honor o de los derechos de otros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales, o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

²³ Según el tenor del artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, bajo el rötulo «Libertad de expresión y de información», se garantiza que «cualquier persona tiene derecho a la libertad de expresión», teniendo en cuenta que «este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir y de transmitir informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de cualesquiera poderes públicos e sin consideración de fronteras», y que «se respetan la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación social».

²⁴ En el Derecho nacional, la «libertad de expresión» y «de información» son también derechos, libertades y garantías consagrados en la Constitución de la República

Humanos ha basado su orientación jurisprudencial en lo que respecta a la necesidad de otorgar una protección eficaz a las personas que, en el ámbito de su actividad profesional, denuncian infracciones e ilícitos que lesionen el interés público y las funciones esenciales para la salvaguarda del bienestar de la sociedad.

4.2. De conformidad con dicha jurisprudencia²⁵, la libertad de expresión, en particular en asuntos de interés general, del derecho de los funcionarios públicos y de otros trabajadores de denunciar conductas ilegales e irregularidades en su lugar de trabajo, de los deberes y responsabilidades de los trabajadores para con sus empleadores y del derecho de los empleadores a gestionar su personal, es fundamento esencial de una sociedad democrática.

En este sentido, pueden citarse los casos emblemáticos: *Guja v. Moldova*²⁶, en que estaba en causa la denuncia de un funcionario, a través de un periódico, de las irregularidades y la conducta impropia de un alto miembro del parlamento, y *Wojczuk v. Poland*²⁷, en el que estaba en causa la denuncia hecha por un trabajador de un museo, por medio de cartas

Portuguesa (en el artículo 37, bajo el rótulo «Libertad de expresión y de información», el cual integra «el derecho de expresar y divulgar libremente el pensamiento por la palabra, por la imagen o por cualquier otro medio, así como el derecho de informar, de informarse y de ser informado, sin ninguna discriminación, impedimento o limitación, señaladamente por ningún tipo de censura»), mereciendo tutela también en otras leyes, señaladamente, en el Código del Trabajo (artículo 14, bajo el rótulo «Libertad de expresión y de opinión», en el cual «se reconoce, en el ámbito de la empresa, la libertad de expresión y de divulgación del pensamiento y opinión, con respeto de los derechos de personalidad del trabajador y del empleador, incluyendo las personas singulares que lo representan, y del normal funcionamiento de la empresa»).

²⁵ La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es abundantísima en este tema, y accesible a través del sitio <https://hudoc.echr.coe.int>. Destacan los siguientes casos: Proc. MODINOS v. CHIPRE, de 22 abril 1993; Proc. GUJA v. MOLDOVA, de 12 febrero 2008; Proc. MAGYAR HELSINKI BIZOTTSÁG v. HUNGARY, de 8 noviembre 2016; Proc. OTEGI MONDRAGON AND OTHERS v. SPAIN, de 6 febrero 2019; Proc. WOJCZUK v. POLÓNIA de 9 marzo 2022; Proc. HALET v. LUXEMBURGO, de 11 mayo 2021.

²⁶ Habiendo concluido el Tribunal que «el interés público en la prestación de informaciones sobre presiones indebidas e irregularidades dentro del Ministerio Público era tan importante en una sociedad democrática que superaba el interés en mantener la confianza pública en el Ministerio Público».

²⁷ Habiendo concluido el Tribunal que «la discusión abierta de tópicos de interés público era esencial para la democracia y era de gran importancia que los miembros del público no fuesen disuadidos de expresar sus opiniones sobre estos asuntos».

anónimas enviadas a las autoridades competentes, de las infracciones financieras y laborales practicadas por su entidad patronal.

El Tribunal vino a consolidar presupuestos, en aquello que ha sido considerado la jurisprudencia *Guja*, como forma de evaluar si una persona que denuncia ilícitos debe poder beneficiarse procesalmente del estatuto de *whistleblower*. Se establecieron, así, de forma resumida, los siguientes criterios:

- a) el interés público en cuestión;
- b) la autenticidad de la denuncia;
- c) admisibilidad de divulgación externa (periódicos) sólo si no fuese posible otro modo de proceder;
- d) la comunicación de la información debe ser hecha de buena fe (la denuncia no debe ser motivada por un deseo de ventaja personal);
- e) existencia de proporcionalidad entre el interés público en la revelación y el derecho del empleador a la protección de su negocio;
- f) la sanción aplicada al denunciante debe ser adecuada (teniendo en cuenta el equilibrio de los bienes en cuestión);

4.3. En la reciente Sentencia de 11 mayo 2021, caso *Halet v. Luxemburgo*, parece haber ocurrido una alteración del sentido de la jurisprudencia.

El proceso se refiere a un ciudadano francés, de nombre Halet, que se quejó contra Luxemburgo, por la violación de su derecho a la libertad de expresión, a que se refiere el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por haber sido condenado, mediante juicio en proceso penal, al pago de multa en cuantía de 1000€ por haber divulgado información confidencial en el caso LuxLeaks, habiéndole sido denegado, en concreto, el estatuto de *whistleblower*. Halet (el denunciante) era técnico en la Sociedad Price Waterhouse Cooper (PwC), una empresa de auditoría y asesoramiento fiscal.

Habiendo procedido a una investigación interna, PwC descubrió que el denunciante había compartido 45.000 páginas de documentos oficiales, de las cuales 20.000 relativas a documentos de las administraciones tributarias. Todo este material fue divulgado en un

programa de TV, titulado «Cash investigation», en 10 junio 2013. El *International Consortium of Investigative Journalists* (ICTJ) colocó, entretanto, toda esta documentación en línea. La publicación vino a ser bautizada como *Luxleaks*. PwC planteó una querrela criminal contra el denunciante. La querrela mereció acusación y pronunciamiento penales, y condujo a la condena del denunciante a pena de suspensión de 12 meses y al pago de la referida multa. En las dos instancias en que su proceso fue examinado, se abordó la cuestión de la eventual calificación como *denunciante* a efectos de su estatuto procesal. Citando la Sentencia *Guja c. Moldova* [GC] 2008, estas instancias denegaron la concesión del estatuto de *whistleblower* al denunciante.

El primer problema considerado fue la calificación como *whistleblower*: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respondió positivamente, apuntando que el técnico en cuestión tenía la cualidad de trabajador subordinado, sujeto a la autoridad del empleador y a la heterodeterminación de su prestación de trabajo. Al compartir la información el técnico había roto los deberes de lealtad y discreción, con un comportamiento que es propio del *whistleblower*. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos respondió positivamente a los 4 primeros criterios del caso *Guja* citado *supra*.

Abordó después el 5.º criterio (Derecho a la expresión libre del trabajador v. derecho del empleador a la protección de su actividad de negocio). Señaló que, en lo tocante a la protección de la reputación, son más sensibles el honor y la dignidad de una persona singular que las de una persona colectiva, en la medida en que en la última no están afectados derechos de personalidad, sino sólo derechos de naturaleza patrimonial/pecuniaria o mercantil (§ 97).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos destacó, además, que las jurisdicciones internas tuvieron en cuenta la evolución subsiguiente del caso, habiendo PwC registrado un fuerte crecimiento en su volumen de negocios y en sus beneficios en los años inmediatamente siguientes a las revelaciones (habría quedado, al final, poco perjudicada por las revelaciones del denunciante).

En lo tocante al 6.º criterio (la cuestión de la proporcionalidad propiamente dicha), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se fijó en el hecho que es determinante de la proporcionalidad de la injerencia de las

autoridades en el ejercicio de la libertad de expresión el peso de la sanción impuesta al *whistleblower*²⁸. Una vez que fue considerada la naturaleza desinteresada de la filtración por el denunciante, y que la multa fue consecuentemente de baja cuantía, la sanción expresada por la cuantía de la multa se consideró proporcionada. Por todas estas razones, no se produjo la violación del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La Sentencia se adoptó por una mayoría de 5 jueces, contra 2 que expresaron una opinión disidente común. Estos magistrados concluyen que la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta Sentencia y su posición reductora sobre la protección de los *whistleblowers* está en conflicto directo con el régimen europeo de protección de los *whistleblowers* en la Directiva citada, así como con los esfuerzos de regulación y de promoción de dicha tutela, hoy reconocidamente asumidos en todo el espacio europeo.

5. LA DIRECTIVA 2019/1937 Y EL PUNTO DE SITUACIÓN GENERAL

5.1. La Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 octubre 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 26 noviembre 2019²⁹, entró en vigor el vigésimo día siguiente al de su publicación, esto es, el día 16 diciembre 2019³⁰, teniendo los Estados miembros de plazo hasta el 17 diciembre 2021, como fecha límite para proceder a la transposición de la Directiva a los ordenamientos nacionales respectivos. Esta fecha puede extenderse 2 años más, hasta el 17 diciembre 2023, en lo que se refiere a la transposición de los canales de denuncia interna en entidades jurídicas del sector privado con 50 a 249 trabajadores³¹.

²⁸ Sentencia *Otegi Mondragón v. España*, 2011, § 58, cit.

²⁹ Accessible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1937&from=ene>.

³⁰ Artículo 28 de la Directiva.

³¹ De conformidad con el artículo 26, núms. 1 y 2, de la Directiva, y el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El objetivo de la Directiva aparece enunciado en su artículo 1: «reforzar la aplicación del Derecho y las políticas de la Unión en ámbitos específicos mediante el establecimiento de normas mínimas comunes que proporcionen un elevado nivel de protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión».

Se recuerda que la fragmentación de la protección existente³² fue una de las justificaciones para establecer un marco de normas mínimas comunes a todos los Estados miembros, en una larga lista de ámbitos identificados en el artículo 2 (ámbito de aplicación material), así como en una gran parte de sus 110 Considerandos.

Se trata de una Directiva que, desde el punto de vista de su interpretación y ejecución, es compleja y, tal vez por eso, hasta mayo 2022, solamente 9 de los 27 Estados miembros habían procedido a su transposición a los respectivos ordenamientos, resultando que sólo 5 — Portugal es uno de ellos— lo hicieron dentro del límite del plazo³³.

En materia de la relación de las disposiciones de la Directiva con otros actos de la Unión, y con las disposiciones de los Estados miembros, las disposiciones de la Directiva no afectan a las reglas nacionales referentes al «secreto de justicia» y al «secreto profesional de los médicos y de los abogados». Por lo que todas las demás profesiones en que la ley nacional impusiera secreto, no quedan salvaguardadas por la Directiva³⁴.

5.2. Como expresamente ella misma indica, la Directiva se basa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la libertad de expresión e información (derecho consagrado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Carta de los Derechos

³² Sobre el tema, véanse las notas al apartado 1.3, y Considerando núm. 4 de la Directiva.

³³ En relación con la situación de la transposición de la Directiva por los Estados miembros de la Unión Europea, y fechas: Dinamarca (24/06/2021), Suecia (28/10/2021), Malta (16/11/2021), Portugal (26/11/2021), Lituania (16/12/2021), Chipre (20/01/2022), Letonia (28/01/2022), Francia (16/02/2022) y Croacia (23/04/2022). Información disponible en <https://iuslaboris.com/insights/whistleblowingacross-the-globe/>.

³⁴ Señaladamente, las demás profesiones (además de los médicos y de los abogados) referidas en el artículo 135 del Código del Proceso Penal, bajo el rótulo «Secreto profesional», a saber: «ministros de religión o confesión religiosa, periodistas, miembros de instituciones de crédito y las demás personas a las que la ley permita o imponga que guarden secreto».

Fundamentales de la Unión Europea³⁵, y también en los principios desarrollados por el Consejo de Europa (V., epígrafe 2.3), así como sobre las reglas y derechos fundamentales de la Unión Europea e internacionales.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no obstante, en aspectos fundamentales sobre el tema del *whistleblowing*, no está enteramente alineada con la solución preconizada por la Directiva, dado que, como se vio³⁶, el Tribunal se basa en una perspectiva ética del denunciante/*whistleblower*, requiriéndose una «actuación de buena fe» por parte del denunciante, lo que alejaría conductas antiéticas, fundadas, por ejemplo, en la venganza. Claramente la Directiva, como veremos más adelante, es menos restrictiva y más pragmática, admitiendo que se benefician de la protección otorgada por la Directiva los denunciantes/*whistleblowers* que «hayan tenido motivos razonables (subrayado nuestro) para probar que las informaciones sobre infracciones divulgadas eran verdaderas en el momento en que fueron transmitidas y que estaban comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva»³⁷.

5.3. A pesar de ser conocida, informalmente, como «Directiva *Whistleblowing*», ciertamente en ella (en la versión inglesa) está ausente toda definición legal o referencia a esta figura en el articulado. En la misma versión, sólo se habla de «*report*» (denuncia), «*to report*» (comunicación de informaciones), «*public disclosure*» (divulgación pública) y de «*reporting person*» (denunciante). Sólo éste es objeto de definición legal³⁸, entendiéndose como tal «la persona individual que comunique o divulgue públicamente informaciones sobre infracciones» (en las cuales se incluyen los actos ilícitos u omisiones, y también prácticas abusivas) «obtenidas en el ámbito de sus actividades profesionales»³⁹.

³⁵ Artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio del Consejo de Europa) y artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, respectivamente.

³⁶ Epígrafe 2.

³⁷ Artículo 6, núm. 1, letra a), primera parte.

³⁸ Las definiciones y conceptos establecidos en la Directiva, en especial la amplitud del concepto de «denunciantes» y las medidas de protección contra «represalias», se basan en los principios de la Recomendación del Consejo de Europa sobre la protección de los autores de denuncias de irregularidades [Rec. CM (2014)7].

³⁹ Artículo 5, apartado 7). La razón invocada para proteger sólo a esas personas es su «vulnerabilidad económica relativa a las personas de las que dependen de hecho para trabajar». La Directiva también subraya que, en el caso de los denunciantes comunes (esto es, sin relación laboral) o de meros ciudadanos preocupados y observadores, al no existir

5.4. La Directiva comprende las personas que tienen una relación profesional (en el sector público o privado), incluyendo las relaciones profesionales aún no iniciadas (durante el proceso de reclutamiento o en otras fases de negociación pre-contractual), y las que hayan terminado, en los términos del artículo 4, núms. 2 y 3.

En primer lugar, se trata de las que tengan un estatus de trabajador, tal como ha sido acogido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (esto es, comprendiendo contratados a término, trabajadores temporales y otras situaciones de trabajo precario «en que las normas de protección típicas contra un trato injusto son difíciles de aplicar»).

El abanico se extiende a las personas que pertenecen a órganos sociales, de gestión y supervisión de empresas, voluntarios, becarios, facilitadores⁴⁰ y otras personas, como compañeros o familiares del denunciante, que puedan ser objeto de represalia⁴¹.

Quedan fuera de la protección de la Directiva todas las situaciones en que las personas que denuncian no tengan una relación profesional (aunque se encuentre definida en sentido amplio), como por ejemplo, los «usuarios» de servicios públicos, señaladamente de salud, y consumidores⁴².

5.5. Cabe añadir una nota sobre la importancia manifestada expresamente por la Directiva, en relación con el papel de los representantes

ese desequilibrio de fuerzas en la relación laboral, no es necesaria la protección contra actos de represalia (en este sentido, véase Considerando 36).

⁴⁰ Facilitador es la persona individual que ayuda a un denunciante —de forma confidencial— en el procedimiento de la denuncia en un contexto profesional (caracterizándose éste por el conjunto de las actividades profesionales de las que se obtienen informaciones de infracciones, y en el ámbito de las cuales puede haber represalia, en caso de que fuesen denunciadas). Véase artículo 5, núm. 2, apartados 8 y 9.

⁴¹ La Directiva define «represalia» como cualquier acto u omisión, directo o indirecto, que ocurra en un contexto profesional, motivado por una denuncia interna o externa, o divulgación pública, y que causa o pueda causar perjuicios injustificados al denunciante. Véase artículo 5, núm. 2, apartado 11.

⁴² En los términos de la Ley 24/96, de 31 julio (versión consolidada disponible en <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/1996-34491075>), que establece el régimen jurídico aplicable a la defensa de los consumidores, es consumidor «todo aquel a quien se le suministren bienes, se le presten servicios o transmitan derechos, destinados al uso no profesional, por persona que ejerza con carácter profesional una actividad económica dirigida a la obtención de beneficios».

sindicales y otros representantes de los trabajadores (donde se incluyen las comisiones de trabajadores o los representantes de los trabajadores para la seguridad y salud en el trabajo), en particular, a través de la extensión de la tutela contra medidas de represalia, directa o indirecta, en cuanto entidades que prestan asesoramiento y apoyo a los denunciantes (y, naturalmente, en cuanto trabajadores denunciantes, en caso de que actúen en esa condición), así como de la posibilidad de establecerse, por vía de la negociación colectiva, procedimientos que faciliten la comunicación de irregularidades.

También se garantiza, específicamente a los sindicatos, la posibilidad de que puedan actuar como destinatarios de las denuncias⁴³.

Siendo cierto que las estructuras de representación de los trabajadores pueden tener un papel axial en el apoyo a los trabajadores denunciantes, tanto por la proximidad como por la confianza, no se ve razón para solamente los sindicatos puedan asumir este papel (con la consiguiente tutela), quedando fuera otras estructuras, señaladamente de representación de la generalidad de los trabajadores en la empresa, como es el caso de las comisiones de trabajadores.

5.6. También queda por poner en evidencia que la tutela otorgada por la Directiva sólo beneficia a los denunciantes desde que cumplan cumulativamente los requisitos previstos en el artículo 6, núm. 1, esto es, por un lado, que hayan tenido motivos razonables⁴⁴ para considerar que los hechos denunciados son verdaderos y se encuentran dentro del ámbito de la Directiva [letra a)] y, por otro lado, que hayan informado de la violación a través de los mecanismos de denuncia consagrados en la Directiva [letra b)].

La protección se extiende a las personas que —de forma anónima— comunicasen o divulgasen públicamente informaciones sobre infracciones, pero, posteriormente, se identifiquen y sean objeto de actos de represalia, a partir de que se cumplan los mismos requisitos.

⁴³ Artículos 3, núm. 4, y 4, núm. 4. Considerandos 21, 29, 41, 45 y 54.

⁴⁴ La exigencia de «motivos razonables» constituye «una salvaguardia esencial frente a denuncias malintencionadas, frívolas o abusivas, para garantizar que quienes, en el momento de denunciar, comuniquen deliberada y conscientemente información incorrecta o engañosa no gocen de protección. Al mismo tiempo, el requisito garantiza que la protección no se pierda cuando el denunciante comunique información inexacta sobre infracciones por error cometido de buena fe», tal como reconoce el Considerando núm. 32 de la Directiva.

5.7. En lo que respecta a los ámbitos de acción comprendidos en el ámbito material de la Directiva, y que resultan relevantes a los efectos de la protección de las medidas previstas en ella, a pesar del vasto abanico de ámbitos definidos⁴⁵ —señaldamente, la contratación pública; los servicios productos y mercados financieros y la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo; la protección del medio ambiente; la salud pública; la defensa del consumidor; la seguridad de los transportes ferroviario, por carretera y marítimo; la protección de la intimidad y de los datos personales; la evasión fiscal; los subsidios estatales—, existen muchas otras materias⁴⁶, en particular, en el campo laboral, que no fueron contempladas.

Es el caso de los asuntos relativos a la no discriminación, mala gestión y mala gobernanza de las relaciones profesionales, acoso, seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo. En cuanto a esta última materia, aunque esté expresamente referida en los considerandos de la Directiva⁴⁷, se comprueba que no ha sido incluida en la lista de campos cubiertos por las medidas de protección a los denunciantes. Sucede que, al contrario de lo que parece resultar del Considerando 21, la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas destinadas a promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, específicamente su artículo 11, bajo el rötulo «Consulta y participación de los trabajadores», no contiene ningún mecanismo de protección de los trabajadores que denunciasen infracciones en esta materia. Además, ni en este precepto, ni en ningún otro de la Directiva 89/391, se incluye el término «denuncia»⁴⁸.

⁴⁵ El artículo 2 define el ámbito de aplicación material de la Directiva, identificando los campos a través de una remisión a una lista de actos de la Unión Europea, que constan en Anexo (Parte I y Parte II).

⁴⁶ Por ejemplo, el tráfico de armas.

⁴⁷ Considerando 21, que se reproduce a continuación: «la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de la protección otorgada a los trabajadores cuando informen sobre infracciones del Derecho de la Unión en materia laboral. En particular, en el ámbito de la salud y la seguridad en el trabajo, el artículo 11 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo ya obliga a los Estados miembros a velar por que los trabajadores o los representantes de los trabajadores no sufran perjuicios a causa de sus peticiones o propuestas a los empresarios para que tomen medidas adecuadas para paliar cualquier riesgo para los trabajadores o eliminar las fuentes de riesgo. Los trabajadores y sus representantes tienen derecho en virtud de esa Directiva a plantear cuestiones ante la autoridad competente si consideran que las medidas adoptadas y los medios utilizados por el empresario no son suficientes para garantizar la seguridad y la salud en el trabajo» (subrayado nuestro).

⁴⁸ En los términos del núm. 6 del artículo 11 de la Directiva 89/391, «los trabajadores y/o sus representantes tendrán el derecho de recurrir, de conformidad con las

5.8. Los mecanismos que permiten efectuar las denuncias son los canales internos⁴⁹, los canales externos⁵⁰ y la divulgación pública⁵¹, previéndose un principio general de prioridad entre ellos⁵², principio que no es absoluto, admitiéndose que, en ciertos casos, señaladamente de peligro inminente para el interés público (como por ejemplo, cuando existe una situación de emergencia o un riesgo de daños irreversibles), los denunciantes que tengan motivos razonables para creer que ese peligro sucederá, pueden denunciar directamente a través del mecanismo de divulgación pública, manteniéndose incluido en el régimen de protección.

La puesta en práctica de canales de denuncia, tal como previstos en la Directiva, en particular en lo que respecta a los canales de denuncia interna, es tal vez el aspecto más complejo del nuevo régimen, y que supondrá mayores impactos, señaladamente financieros, para las empresas.

En efecto, además del sector público, quedan obligadas a establecer canales de denuncia interna (que deben ser aptos para recibir denuncias por escrito o de manera verbal⁵³, o de ambas formas) las entidades privadas, com por lo menos 50 trabajadores, independientemente de la naturaleza de sus actividades⁵⁴.

legislaciones y/o los usos nacionales, a la autoridad competente en materia de seguridad y de salud en el trabajo, si consideran que las medidas adoptadas y los medios utilizados por el empresario no son suficientes para garantizar la seguridad y la salud en el trabajo» (subrayado nuestro).

⁴⁹ Capítulo II (artículos 7 a 9) y Capítulo V (artículos 16 a 18).

⁵⁰ Capítulo III (artículos 11 a 14) y Capítulo V (artículos 16 a 18).

⁵¹ Capítulo IV (artículo 15).

⁵² Concretamente, la Directiva establece que los Estados miembros deben incentivar la denuncia a través de canales de denuncia interna, antes de procederse a otros mecanismos (artículo 7, núm. 2).

⁵³ Pudiendo hacerse por teléfono, en reuniones, pero, en cualquier caso, deberá realizarse por escrito, en acta que es responsabilidad de la entidad, y que el trabajador debe aceptar.

⁵⁴ La obligación también se aplica a las entidades jurídicas del sector privado comprendidas en el ámbito de aplicación de los actos de la Unión Europea mencionados en la Parte I.B y en la Parte II del Anexo de la Directiva, independientemente del número de trabajadores que trabajen en ellas (artículo 8, núm. 4).

La Directiva también establece canales de denuncia externa, pudiendo los Estados miembros designar «las autoridades competentes para recibir las denuncias, darles respuesta y seguirlas»⁵⁵.

En términos de concepción, instalación y operación, los canales de denuncia deben obedecer a un conjunto de requisitos particularmente exigentes, para garantizar, entre otros, la confidencialidad de la identidad del denunciante, de las personas implicadas y de otros terceros mencionados en la denuncia, el respeto por la protección de datos y por el sigilo. También se exige que las personas que desempeñan las funciones inherentes a la recepción, tratamiento y seguimiento de la denuncia tengan un cierto perfil, reúnan ciertas características, señaladamente de reserva, responsabilidad, competencia, diligencia, imparcialidad y ausencia de conflicto de intereses, debiendo también tener formación profesional para el tratamiento adecuado de las denuncias.

Se establece igualmente, obedeciendo a criterios de transparencia, la obligatoriedad de información en la empresa, tanto en relación con los mecanismos y procedimientos para proceder con las denuncias, la cual debe ser elaborada con lenguaje claro, fácilmente comprensible y fiable, como en relación al retorno de la información al denunciante. Este derecho del denunciante a ser informado sobre las medidas previstas o tomadas para el seguimiento de su denuncia⁵⁶, así como de los motivos justificativos de las decisiones tomadas, y la consecuente evolución del proceso, y también de los resultados de la investigación se sitúa permanentemente a la par de todas las acciones. Se añade que el retorno de la información debe ser efectuado hacia el denunciante en un plazo razonable, que no exceda de tres meses.

La prioridad es, pues, posibilitar las denuncias por parte de los trabajadores, y no inviabilizarlas.

5.9. La Directiva establece como medidas de protección de los trabajadores denunciantes:

⁵⁵ Artículo 11, núm. 1.

⁵⁶ Por ejemplo, información de que fue abierta una investigación, o de que el proceso fue remitido a la entidad competente, al estar en causa un delito.

a) Protección contra todas las formas de represalia⁵⁷, las cuales comprenden, entre otras⁵⁸, amenazas e intentos de despido, degradación, evaluación negativa del desempeño, medidas disciplinarias, coacción, acoso o discriminación;

b) Acceso a medidas de apoyo⁵⁹, señaladamente apoyo judicial en ciertos procesos judiciales, y asesoramiento independiente y gratuito sobre procedimientos y vías de acción;

c) Acceso a medidas correctivas contra actos de represalia, incluyendo medidas provisionales y de no imputación de responsabilidad del denunciante, en caso de incumplimiento de obligaciones legales o contractuales, que impongan deberes de lealtad o confidencialidad, y que impidan o limiten las denuncias.

5.10. Éste es precisamente uno de los aspectos más relevantes del régimen de la Directiva: el de establecer mecanismos que garanticen la «eliminación del silencio del denunciante». Así, aunque los trabajadores denunciantes se encuentren vinculados por cláusulas contractuales, señaladamente acuerdos de confidencialidad, de sigilo, o cartas de adhesión a códigos de conducta y de ética, en cuanto se tengan motivos razonables para creer que la denuncia era necesaria para revelar una infracción, en los términos de la Directiva, los denunciantes quedan exentos de cualquier tipo de responsabilidad⁶⁰.

6. LA SOLUCIÓN ENCONTRADA PARA PORTUGAL: LA LEY 93/2021

6.1. Teniendo en cuenta la importancia de la Directiva 2019/1937, «asentada en dos vectores esenciales: el establecimiento de canales de denuncia y la prohibición de toda forma de represalia acompañada de la consagración de medidas de apoyo a los denunciantes», reconociendo que la

⁵⁷ Considerándose «represalia», en los términos del artículo 5, núm. 11, «toda acción u omisión, directa o indirecta, que tenga lugar en un contexto laboral, que esté motivada por una denuncia interna o externa o por una revelación pública y que cause o pueda causar perjuicios injustificados al denunciante».

⁵⁸ Listadas en las letras a) a o) del artículo 19.

⁵⁹ Artículo 20.

⁶⁰ Artículo 21, en particular núms. 2, 4 y 7.

protección de los denunciantes se ha revelado «determinante para la detección y represión de actividades ilícitas, lesivas del interés público y ... que las personas que trabajan en una organización pública o privada, o que contactan profesionalmente con ellas, están, a veces, en una posición privilegiada para conocer amenazas o lesiones efectivas que surgen en el contexto de esas organizaciones, pero están igualmente expuestas a amenazas, con incidencia en su situación laboral, lo que constituye un factor de inhibición y de injusticia»⁶¹, el Estado portugués, ya después de la entrada en vigor de la Directiva⁶², publicó en el Diario de la República la Ley 93/2021, de 20 diciembre⁶³.

La Ley 93/2021 establece, así, el régimen jurídico de protección de denunciantes de infracciones, «transponiendo la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 octubre 2019, relativa a la protección de las personas que denuncian infracciones del Derecho de la Unión»⁶⁴. Su entrada en vigor, no obstante, fue diferida a una fecha cerca de 6 meses posterior a la de su publicación⁶⁵, lo que corresponde al día 18 junio 2022, pero también cerca de 6 meses después de la fecha límite para que los Estados miembros procediesen a la transposición de la Directiva⁶⁶.

⁶¹ Conforme se puede leer en la exposición de motivos del Proyecto de Ley núm. 91/XIV/2ª/GOV, accesible en <https://www.parlamento.pt>.

⁶² Conforme previsto en su artículo 28, la Directiva 2019/1937 entró en vigor «a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*», esto es, el día 17 diciembre 2021 (*Diario Oficial* L305/17, de 26.11.2019).

⁶³ La Ley 93/2021 tuvo su origen en el Proyecto de Ley núm. 91/XIV/2ª, a iniciativa del Gobierno, como consecuencia de la Resolución de la Asamblea de la República núm. 21/2021, de 2 octubre 2020, publicada en el Diario de la República, 1ª serie, de 1 febrero 2021, que recomienda al Gobierno que «elabore propuestas para hacer más eficaz el régimen de protección de denunciantes, en línea con las mejores prácticas internacionales, teniendo a la vista permitir la detección a tiempo de delitos y la recogida de denuncias fundamentadas y documentadas». Esta iniciativa legislativa incorpora un «paquete de medidas» insertas en la Estrategia Nacional de Combate a la Corrupción (ENCC) 2020-2024, que fue objeto de aprobación por Resolución del Consejo de Ministros núm. 37/2021, de 6 abril.

⁶⁴ Según el artículo 1 de la Ley 93/2021. En términos de sistematización, la Ley 93/2021 contiene 31 artículos distribuidos en 5 Capítulos. Así, Capítulo I – Disposiciones Generales (artículos 1 a 6); Capítulo II – Medios de denuncia y divulgación pública (artículos 7 a 20); Capítulo III – Medidas de protección (artículos 21 y 22); Capítulo IV – Tutela jurisdiccional (artículos 23 a 30); Capítulo V – Disposición final (artículo 31).

⁶⁵ En los términos de su artículo 31, «la presente ley entra en vigor 180 días después de su publicación».

⁶⁶ Ver apartado 5.1.

6.2. La ley portuguesa prevé en su ámbito de aplicación material, además del marco de infracciones establecido por la Directiva [respecto de los campos de actuación previstos en ella⁶⁷ [cfr. artículo 2, núm. 1, letras a), b), c) y e)], los casos de delitos violentos, especialmente violentos y altamente organizados, delitos económicos-financieros, así como los delitos previstos en el núm. 1 del artículo 1 de la Ley 5/2002⁶⁸, de 11 enero, incluyendo así, en la protección establecida, a los que denuncian o divulgan públicamente infracciones (así como las tentativas de ocultación de tales infracciones) relacionadas con esos delitos⁶⁹.

6.3. La Ley incluye en el artículo 5⁷⁰ una definición de «denunciante» muy semejante al que consta en la Directiva, limitando, no obstante, el objeto o contenido de la denuncia o divulgación pública de las infracciones cometidas, que se estén cometiendo o cuya comisión se pueda razonablemente prever, así como las tentativas de ocultación de tales infracciones.

También se benefician de la protección legal otorgada a los denunciantes⁷¹, con las debidas adaptaciones, las situaciones previstas en las

⁶⁷ Según el artículo 2, núm. 1, y el Anexo (que lista los actos de la Unión Europea —Reglamentos y Directivas— relevantes), destacando los campos de la contratación pública, servicios, productos y mercados financieros y prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, protección del medio ambiente, salud pública o protección de la intimidad y de los datos personales, reglas de competencia, subsidios estatales, fiscalidad societaria e infracciones lesivas de intereses financieros de la Unión Europea.

⁶⁸ La Ley 5/2002 establece medidas de combate a los delitos organizados y económicos-financieros, así como un régimen especial de recogida de pruebas, ruptura del secreto profesional y pérdida de bienes a favor del Estado, relativa a delitos de tráfico de estupefacientes, terrorismo y organización terrorista; tráfico de armas; corrupción pasiva y desfalco; blanqueo de capitales; asociación delictiva; contrabando; tráfico y corrupción de vehículos hurtados; lenocinio y tráfico de menores; falsificación de moneda y de títulos equiparados a moneda.

⁶⁹ A este respecto, la Ley 93/2021 va más allá de las obligaciones impuestas por la Directiva, utilizando la facultad prevista en la propia Directiva, cuyo artículo 2, núm. 2, prevé que «la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros para ampliar la protección en su Derecho nacional a otros ámbitos o actos no previstos en el apartado 1».

⁷⁰ En los términos del núm. 1 del artículo 5 de la Ley 93/2021, «la persona individual que denuncie o divulgue públicamente una infracción con fundamento en informaciones obtenidas en el ámbito de su actividad profesional, independientemente de la naturaleza de esta actividad y del sector en que se ejerza, se considera denunciante».

⁷¹ Teniendo en cuenta que la prohibición de represalia, la cual comprende las amenazas y los intentos de actos de represalia (artículo 21, núm. 3), requiere de las debidas adaptaciones en los casos en que los denunciantes no sean trabajadores subordinados.

letras del núm. 4 del artículo 6 de la Ley⁷², y que la Directiva califica de «facilitadores» [letra a)], a saber: «persona individual que ayude al denunciante en el procedimiento de denuncia y cuya ayuda deba ser confidencial, incluyendo representantes sindicales o representantes de trabajadores», así como el «tercero que esté unido al denunciante, señaladamente compañero de trabajo o familiar, y que pueda ser objeto de represalia en un contexto profesional» [letra b)], y también las «personas colectivas o entidades equiparadas que sean propiedad o estén controladas por el denunciante, para las cuales el denunciante trabaje o con las cuales esté vinculado de alguna forma en un contexto profesional» [letra c)].

6.4. Respecto de los medios de denuncia y divulgación pública, la ley portuguesa, reforzando lo previsto en la Directiva («los Estados miembros incentivan la denuncia a través de canales de denuncia interna ...») prohíbe tanto el recurso a los canales de denuncia externa (presentada ante las autoridades) como la divulgación pública de la información, salvo si se cumpliesen ciertos requisitos⁷³ («el denunciante sólo puede recurrir a canales de denuncia externa señaladamente cuando no exista canal de denuncia interna» —núm. 2 del artículo 7— y «el denunciante sólo puede divulgar públicamente una infracción cuando ...» —núm. 3 del mismo artículo). Los denunciantes de infracciones que no cumplan las reglas de utilización de estos medios de denuncia y divulgación pública, no se benefician de la protección otorgada por la Ley (núm. 4).

6.5. En materia de obligación de establecimiento de canales y procedimientos de denuncia interna y para su seguimiento, la Ley portuguesa, pudiendo extender esta obligación a otras entidades, además del mínimo previsto en la Directiva, no lo hace. Se refuerza que los canales de denuncia interna permitan la presentación y el seguimiento seguros de denuncias, con el fin de garantizar la exhaustividad, integridad y conservación de la denuncia, así como la confidencialidad de la identidad tanto del denunciante o su anonimato, como de terceros mencionados en la denuncia.

⁷² Situaciones también previstas en la Directiva (núm. 4 del artículo 4, y artículo 5, núm. 2).

⁷³ Siguiendo de cerca la Directiva, que establece la prioridad de la denuncia a través de los canales de denuncia interna («antes de procederse a la denuncia a través de canales de denuncia externa, siempre que la infracción pueda resolverse eficazmente a nivel interno y siempre que el denunciante considere que no existe riesgo de represalia»).

Así, están comprendidos por la obligación de establecer canales de denuncia interna, en lo esencial, las personas colectivas, incluyendo el Estado y las entidades públicas, con 50 ó más trabajadores⁷⁴, pudiendo estas entidades compartir recursos en lo que respecta a la recepción de denuncias y a su respectivo seguimiento, si fuesen entidades privadas y no tuviesen más de 249 trabajadores.

Por lo que respecta a los municipios, la ley portuguesa no fue más allá de lo que la Directiva previó como mínimo, por lo que prevé que están expresamente dispensadas de la obligación de establecer canales de denuncia a los municipios que, a pesar de emplear 50 trabajadores o más, tengan menos de 10 mil habitantes (núm. 6 del artículo 8). Sobre este particular, y porque gran parte de los municipios portugueses está representada por la excepción y no por la regla de los 10 mil habitantes (125 municipios, sobre un total de 308, quedan dispensados de la obligación)⁷⁵, consideramos que el legislador, como mínimo, no se quiso comprometer. Además, podía recurrirse a la posibilidad, prevista en la Directiva, de poder compartirse los canales de denuncia «entre municipios u operados por autoridades municipales comunes, supuesto que los canales de denuncia interna compartidos fuesen distintos y autónomos en relación con los canales de denuncia externa aplicables»⁷⁶, lo que tampoco se aprobó. Quedan, así, menos facilitados los medios por los cuales los trabajadores pueden denunciar infracciones o delitos, que son de interés público conocer.

⁷⁴ La noción de trabajador en el Derecho portugués es la que resulta del artículo 11 del Código del Trabajo, esto es, «la persona individual que se obliga, mediante retribución, a prestar su actividad a otra u otras personas, en el ámbito de organización y bajo la autoridad de ésta». Para el cálculo del número mínimo que obliga a las entidades a establecer canales de denuncia interna, no entran los becarios, los prestadores de servicios, los profesionales autónomos y todos los demás trabajadores sin vínculo laboral.

⁷⁵ De acuerdo con los datos estadísticos más actuales, que pueden consultarse en <https://www.pordata.pt/Municipios>, en Portugal existen 308 municipios, de los cuales:

- 1 municipio tiene más de medio millón de habitantes;
- 2 municipios tienen más de 300 mil habitantes;
- 3 municipios tienen más de 200 mil habitantes;
- 18 municipios tienen más de 100 mil habitantes;
- 31 municipios tienen más de 50 mil habitantes;
- 30 municipios tienen más de 30 mil habitantes;
- 32 municipios tienen más de 20 mil habitantes;
- 66 municipios tienen más de 10 mil habitantes, y
- 125 municipios tiene menos de 10 mil habitantes.

⁷⁶ Según lo previsto en el artículo 8, núm. 9, de la Directiva.

6.6. En lo que respecta a los canales de denuncia externa (que se presenta ante las autoridades competentes)⁷⁷, en función de la materia correspondiente, importa mencionar una «curiosidad» que hay que lamentar: la Ley 93/2021 dispone que, en las situaciones en que no exista autoridad competente para conocer de la denuncia, o en los casos en que la propia denuncia se refiere a cualquiera de las autoridades competentes, la misma debe ser dirigida al Órgano Nacional Anticorrupción (MENAC, por su acrónimo en portugués), que procede a su seguimiento, señaladamente a través de la apertura de una investigación, siempre que los hechos descritos constituyen delito.

Ahora bien, resulta preciso decir que este importante órgano en el campo de la prevención de la corrupción, con competencia principal para el procedimiento relativo a infracciones administrativas e imposición de multas, en caso de incumplimiento de las medidas de protección de denunciantes⁷⁸ —a pesar de haber sido creado por el Decreto-ley 109-E/2021, de 9 diciembre⁷⁹—, no ha sido creado hasta el momento —esto es, ¡no existe!—, porque su puesta en funcionamiento carece de la existencia de condiciones aún no satisfechas⁸⁰.

6.7. Finalmente, en cuanto a la protección otorgada a los denunciantes, se destaca, de manera negativa, el hecho de que la Ley portuguesa limite a dos años (teniendo en cuenta que en el proyecto de ley este plazo se reducía a 1 año) el período durante el cual se considera que

⁷⁷ Según lo previsto en el artículo 12 de la Ley. Son autoridades competentes para recibir denuncias, señaladamente, el Ministerio Fiscal, los órganos de policía judicial, el Banco de Portugal y el Órgano Nacional Anticorrupción.

⁷⁸ Según lo dispuesto en el artículo 29, núm. 1, de la Ley 93/2021.

⁷⁹ El Decreto-ley núm. 109-E/2021, de 9 diciembre 2021, que crea el Órgano Nacional Anticorrupción y el régimen general de prevención de la corrupción, entró en vigor el 7 junio 2022.

⁸⁰ La puesta en funcionamiento del Órgano Nacional Anticorrupción exige que estén regulados algunos aspectos materiales que permitan garantizar las condiciones necesarias al inicio de su actividad. Entre estas condiciones se encuentra la definición del lugar de funcionamiento, la estructuración de un equipo de apoyo técnico y administrativo y la afectación de los recursos financieros necesarios para que el Órgano Nacional Anticorrupción pueda iniciar la preparación de su funcionamiento. A pesar de haber sido publicada la Orden Ministerial núm. 164/2022, de 23 junio 2022, que regula la creación provisional del Órgano Nacional Anticorrupción, sólo entrará en vigor el día de comienzo de las funciones del futuro Presidente del propio Órgano.

puede haber actos de represalia, incluyendo las amenazas contra el denunciante⁸¹.

Especialmente en un contexto laboral, sobre todo si se tratase de trabajadores con vínculos permanentes, en que las personas están unidos a la empresa casi toda una vida, no se comprende que la Ley portuguesa imponga una limitación temporal, incluso más corta, a la protección legal otorgada al trabajador denunciante. Se trata de una solución que puede desincentivar las denuncias de infracciones lesivas del interés público, por trabajadores subordinados, debilitando, así, la finalidad de la Ley.

⁸¹ Cfr. artículo 20 de la Ley 93/2021. Se presumen motivados por denuncia cuando se realicen, hasta el límite de dos años, los siguientes actos contra el trabajador denunciante: a) alteraciones de las condiciones de trabajo, tales como funciones, horario, lugar de trabajo o retribución, no promoción del trabajador o incumplimiento de las obligaciones laborales; b) suspensión del contrato de trabajo; c) evaluación negativa del desempeño o referencia negativa para finalidades de empleo; d) no renovación o no conversión de un contrato de un contrato de trabajo a término; e) despido; f) inclusión en lista que impida un empleo futuro en el sector. También se presume abusiva la aplicación de sanción disciplinaria aplicada al denunciante hasta el límite de 2 años después de la denuncia.

RECENSIONES DE LIBROS

[BOOK REVIEW]

CASAS BAAMONDE, María Emilia, *El Derecho del Trabajo en la emergencia de la pandemia de la COVID-19. ¿Y después?*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (Madrid, 2021), 290 págs.

En esta colosal monografía de la profesora CASAS BAAMONDE, que constituyó el texto de su discurso de ingreso como académica de número en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (y que acabará convirtiéndose en el trabajo científico de referencia sobre el impacto de la pandemia del coronavirus en el Derecho del Trabajo), atrae la atención del iuscomparatista como un imán su capítulo 8, titulado «¿El retorno de los Estados sociales en Europa?», y dentro de él, su subcapítulo 8.3, a su vez titulado «Y se hizo la ley laboral europea, ¿incluso global?: un “modelo europeo” de Derecho del Trabajo excepcional en la emergencia de la pandemia». Constituye un extraordinario estudio de Derecho comparado del Trabajo, orientado a mostrar cómo la generalidad de Estados integrantes de la Unión Europea, actuando cada uno de ellos por su cuenta, acabó creando frente a la pandemia normas jurídico-laborales nacionales obedientes a patrones comunes (el «modelo europeo» de que habla la profesora CASAS BAAMONDE), haciendo de la necesidad virtud, al haber quedado evidenciadas, precisamente por causa de la propia pandemia, todas las insuficiencias y limitaciones de la llamada «política social» de la Unión Europea. Son dos decenas de páginas, realmente gratas de leer. En ellas, la profesora CASAS BAAMONDE aplicó para entretejerlas la metodología jurídica comparatista, confesándolo incluso expresamente. Según nuestra autora, «la pandemia mostró la convergencia real de las soluciones de los sistemas jurídicos laborales estatales a través del *método analítico comparatista*, allí donde el Derecho de la Unión Europea había fracasado, pues desde la constitución de la Comunidad Económica Europea apenas había conseguido armonizar ciertas materias en ejercicio de sus competencias de política social».

La profesora CASAS BAAMONDE ve ese «modelo europeo», que trae causa —según ella— de una «especie de acuerdo general tácito de los Estados europeos para enfrentar una crisis tan singular», en muy diversas acciones positivas, pero también en omisiones, que relata con toda acribia en su estudio. Así, entre las primeras, menciona las siguientes: 1) «pieza

básica de ese Derecho del Trabajo emergente y excepcional fue el *teletrabajo temporal “a domicilio”*»; 2) «confluyeron los ordenamientos en el recurso, desde marzo de 2020, generalmente en el sector privado, a dispositivos temporales de reducción y suspensión del trabajo (*short-time work schemes*) y, en su caso, de regímenes de desempleo total y parcial temporal», teniendo en cuenta que «en la mayor parte de los países estos sistemas se soportaron en subvenciones salariales a los empresarios para ser transferidas a los trabajadores junto con el salario normal por las horas efectivamente trabajadas», aunque «las prestaciones de sustitución se han abonado directamente a los trabajadores en Bélgica, Finlandia y España»; 3) «recurrieron los ordenamientos al establecimiento de nuevas y específicas medidas de seguridad y salud para preservar la integridad física y la vida de los trabajadores», con «medidas especiales para los trabajadores de “alto riesgo”»; 4) «impusieron los Estados excepciones a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal y mínima de los descansos de los trabajadores imprescindibles o vitales»; 5) «el incremento de las necesidades de cuidado y el cierre de los sistemas educativos y de los centros de atención de personas dependientes hizo necesario el recurso a licencias “parentales” extraordinarias o adicionales, o para cuidados especiales»; 6) «la utilización extensiva de prestaciones o pagos por enfermedad y aislamientos para evitar contagios ..., la facilitación extraordinaria del acceso a las prestaciones de desempleo ..., de protección a la familia, y de subsidios por la emergencia de la COVID-19, fueron soluciones temporales al uso para sostener las rentas perdidas de las familias, y a las empresas»; 7) «la protección de la vulnerabilidad extrema contó en algunos ordenamientos con ingresos mínimos sociales o vitales, o con su instauración»; 8) «se pusieron en marcha planes temporales de apoyo a los ingresos o de prestaciones de desempleo o similares para los trabajadores autónomos y pequeños empresarios»; 9) «se dispusieron exenciones, aplazamientos y desgravaciones en las cotizaciones a la seguridad social para empresas y trabajadores autónomos, y aplazamientos en el pago de impuestos»; y 10) «la distinción entre servicios esenciales y no esenciales fue común, con un núcleo asimismo común de la esencialidad (servicios de salud y socio-sanitarios, seguridad, educación, farmacias, transporte, producción alimentaria y aprovisionamiento, servicios financieros, energía, recogida de basuras, comunicación), aunque algunos ordenamientos distinguieran entre servicios o profesiones cruciales y procesos vitales». Todo esto, por lo que respecta a actuaciones positivas, afirmando asimismo la profesora CASAS BAAMONDE, en lo tocante a omisiones asimismo comunes, que «casi ningún Estado adoptó medidas especiales para reforzar o aumentar la protección de las personas en riesgo de ser discriminadas por motivos de

género, raza o color, edad, discapacidad, religión, orientación sexual, opiniones políticas u origen nacional, social o étnico».

Frente a este «modelo europeo» común, sobrecoge la lectura de una anomalía, asimismo relatada por nuestra autora, y presentada por ella con la afirmación de que «la excepción y la iniciativa de *derogación del Derecho del Trabajo* la protagonizó Hungría». Según la profesora CASAS BAAMONDE, «el Decreto gubernamental n° 47/2020, de 12 de marzo, además de autorizar a las empresas a limitar los horarios, imponer el teletrabajo en casa e introducir medidas de control de la salud de los trabajadores, permitió a los trabajadores y a los empresarios, en su artículo 6, apartado 4, derogar libremente —*in melius, in peius*— cualquier disposición del Código Laboral mediante acuerdo», de manera que «la libertad de los contratantes se alzaba contra el Derecho del Trabajo, que dejaba de existir a expensas de la decisión de la autonomía de la voluntad individual». Siempre según nuestra autora, «el día anterior Hungría había declarado el “estado de peligro” (artículo 53 de su Ley Fundamental), con base en el cual el Parlamento aprobó el 30 de marzo una Ley de prolongación ilimitada de dicha situación, habilitando al Gobierno para gobernar por tiempo indefinido por decreto sin control parlamentario, y para limitar la libertad de información».

Jesús Martínez Girón

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José y GÓMEZ GARCÍA, Francisco Xabiere, *Nuevas tecnologías en los acuerdos marco globales*, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2021), 166 págs.

Este fenomenal libro de los colegas leoneses, profesores FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y GÓMEZ GARCÍA, aborda una variante rigurosamente contemporánea de una temática a calificar de clásica en el Derecho colectivo continental europeo del Trabajo (francés, pero también, español e italiano), que es la de la negociación colectiva sin ley reguladora de la misma o, si se prefiere, al margen de la ley (en su francés originario, de los años cuarenta del siglo pasado, «*en marge de la loi*»). En efecto, no hay ley reguladora de la negociación colectiva transnacional, a pesar de lo cual dicho fenómeno se practica y cristaliza en concretos acuerdos colectivos transnacionales, que son los «acuerdos marco globales» estudiados en esta monografía, la cual constituye a día de hoy el escrito científico de referencia (no sólo en España) sobre su temática, lo que explica que tanto me complazca prologarlo. En realidad, la novedosa temática que aborda viene a constituir la evolución natural de la «responsabilidad social corporativa», anclada en la unilateralidad y en la auto-regulación, habiéndose animado muchas empresas multinacionales a dar el paso al frente que supone negociar colectivamente con interlocutores sociales de idéntico carácter transnacional (los autores llegan a hablar incluso de «responsabilidad social consensuada»), precisamente por causa de la irrupción *partout* de las nuevas tecnologías digitales, resultando especialmente evidente este impacto, como ponen de relieve nuestros autores, en empresas transnacionales tan prototípicas como los bancos, las compañías aseguradoras o las empresas de fabricación de automóviles. Se trata de un libro grato de leer, por causa de la metodología jurídica inductiva utilizada por los dos colegas leoneses, a efectos de poder hilvanarlo. Lógicamente, el mayor obstáculo con que se encontraron fue el de reunir una masa crítica suficientemente amplia de «acuerdos marco globales», que permitiese realizar análisis comparados de dichos acuerdos, orientados a marcar líneas de tendencia y reglas generales aplicables al fenómeno en cuestión (consecuentemente, un planteamiento metodológico de abajo a arriba, tan contrastante con el deductivo o «catedrático», del que aquí no podía en absoluto echarse mano).

Las dificultades de localización de los acuerdos aparecen cumplidamente descritas en el libro, al igual que los mecanismos utilizados por nuestros dos autores para sortearlas. Al respecto, critican la base de datos de la Comisión Europea sobre acuerdos de empresas transnacionales, pues incurre «en el error de mezclar los A[cuertos]M[arco]G[lobales] con los A[cuertos]M[arco]E[uropeos] o con códigos de conducta, incluso de mantener algunos que no están ya en vigor», aclarando que en dicho registro electrónico obran «321 a fecha de cierre de esta obra». Y esto despejado, confiesan que no les quedó más remedio que tener que bucear en los sitios web de muy diversas empresas trasnacionales, al efecto de poder localizar los textos de concretos «acuerdos marco globales», sobre los que poder luego teorizar. Para comprender cabalmente el cúmulo de dificultades a que se enfrentaron, citan diversas obras doctrinales, y entre ellas, una que contenía una encuesta muy reciente. Respecto de esta obra, afirman que «los resultados de la encuesta, que comprendió el significativo número de 50 sitios web, no puede ser más descorazonador: tan sólo 5 de las entidades otorgaban un lugar preeminente al A[cuerto]M[arco]G[lobal] en su página web; 10 lo situaban en un lugar de fácil acceso (tres clics de ratón o menos); en 16 no obraba mención alguna en la web institucional, aun cuando sí constaba la realización de una rueda de prensa para difundirlo; las restantes, casi un tercio, ninguna noticia dejaban de un acontecimiento que hubiera debido merecer un relieve significativo».

En el análisis comparado de los contenidos de los «acuerdos marco globales» aquí estudiados, a mí me ha llamado la atención el Derecho sustantivo internacional que se comprometen a cumplir, en concepto de condiciones mínimas de trabajo, ese concreto tipo de acuerdos. Se trata de las normas de la OIT, afirmando a este respecto nuestros autores que «constituye tónica, o “suelo mínimo” común a cualquier A[cuerto]M[arco]G[lobal], la asunción en su seno de los principios y derechos laborales garantizados como núcleo básico (“núcleo duro”) imprescindible por las normas fundamentales de la OIT», teniendo en cuenta que «lo más habitual consiste en invocar —y no de manera ritual— la Declaración de Principios y Derechos Laborales de la OIT o sus Convenios principales, encargados de recoger y desarrollar este trascendental patrimonio (Convenios núms. 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138 y 139)». En este concreto punto, las empresas multinacionales se comportan (eso sí, voluntariamente) como Estados, los cuales son los destinatarios naturales del acervo normativo elaborado por la OIT. En mi opinión, se trata

de un hallazgo de nuestros autores que no puede dejar de jalearse. Hay que tener en cuenta, como yo mismo puse de relieve en otra sede, que la Dirección General de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT se niega a aplicar al personal laboral que emplea los Convenios y Recomendaciones de la propia OIT (amparada, en este concreto punto, por la jurisprudencia de su Tribunal Administrativo), pretendiendo construirse así un Derecho del Trabajo de corte descaradamente patronal, con el que voluntariamente marcan distancias los «acuerdos marco globales» estipulados por tantas y tantas empresas transnacionales y las denominadas «Federaciones Sindicales Internacionales», de que da cumplida cuenta este sugerente libro elaborado en el seno de la Escuela Leonesa de Derecho del Trabajo.

Alberto Arufe Varela

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, DE VAL TENA, Ángel Luis, ALZAGA RUIZ, Icíar, ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, MARÍN ALONSO, Inmaculada y GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel, *Lecciones de Seguridad Social*, 11ª ed., Tecnos (Madrid, 2021), 543 págs.

Desde el punto de vista del Derecho comparado, un manual universitario sobre una concreta parcela del Derecho nacional constituye siempre la obra de referencia a manejar por extranjeros interesados en las instituciones alojadas en dicha concreta parcela, pues ofrece una guía fiable no sólo de los contornos de la parcela en cuestión, sino también de las principales vías que permiten circular con comodidad y con seguridad dentro de ella. Por ello, no puede pasar desapercibida en un contexto iuscomparatista la aparición de una nueva edición de un acreditado manual español de Derecho de la Seguridad Social, como estas *Lecciones de Seguridad Social*, que la editorial Tecnos viene publicando desde el año 2011. Sus autores son seis conocidísimos y admirados laboristas de las Universidades de Sevilla, Zaragoza, Nacional de Educación a Distancia y Extremadura. En él, todo el Derecho sustantivo español de la Seguridad Social aparece tratado con precisión, claridad y concisión sumas, a través de diecisiete lecciones, en las que no se echa de menos nada de nada. Vale la pena leer su «Prólogo», a imputar solidariamente a los seis autores de la obra, puesto que no aparece firmado por nadie, visto que en él aparecen detalladas las señas de identidad de esta obra, que la singularizan dentro del relativamente abigarrado panorama de la manualística española sobre asuntos jurídicos de seguridad social, cabiendo afirmar que tales señas de identidad autoproclamadas por sus autores son, en lo esencial, las tres siguientes.

En primer lugar, la de la protección y defensa del beneficiario, a cuyo efecto se razona que «la necesidad del equilibrio financiero del sistema, que es un bien absolutamente deseable, pues nos garantiza su supervivencia, no debe hacernos olvidar otros elementos constitucionales esenciales en la configuración de nuestro sistema de protección, especialmente la suficiencia de las prestaciones y la actualización de las pensiones (arts. 41 y 50 de la Constitución)», de manera que «más allá del equilibrio financiero, es necesario un segundo equilibrio entre sostenibilidad

y suficiencia de las prestaciones», dado que «si el primero es importante, el segundo es irrenunciable». En segundo lugar, la de la actualización y puesta al día de los contenidos, confesando que «las novedades son continuas y a ellas debemos hacer frente los autores, pues es esencial ser capaces de ofrecer a quien desea profundizar en el estudio de la Seguridad Social un material absolutamente actualizado», lo que explica que en esta nueva edición aparezca «incorporado el estudio del ingreso mínimo vital, importante novedad en el marco de la protección no contributiva de la Seguridad Social», pues «la filosofía de este Manual es la de mantener una completa actualización del mismo». Y en tercer lugar, la del cuidado y mimo de la vertiente pedagógica, razonando que «debemos distinguir en la regulación de la Seguridad Social las normas básicas y sus reglas de aplicación» —en cuanto que condicionamiento inescapable del «planteamiento en la elaboración de un Manual»—, lo que explica que «cada Lección se estructura en una presentación teórica, con análisis y exposición de la regulación, así como de las principales líneas jurisprudenciales», completándose este planteamiento con «casos prácticos a desarrollar por los alumnos y que pueden ser corregidos en clase», teniendo en cuenta que «para terminar, se incluye un cuestionario de autoevaluación, a través del cual el alumno puede realizar un control de sus avances en el conocimiento».

En mi opinión, una muestra perfecta de la proyección de estas señas de identidad sobre una concreta porción del espléndido manual aquí reseñado está representada por la lección 14 del mismo (titulada «Prestaciones familiares, ingreso mínimo vital y otras prestaciones no contributivas»), que ha sido redactada por los profesores Ángel Luis DE VAL TENA, catedrático de la Universidad de Zaragoza, e Icíar ALZAGA RUIZ, catedrática de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. No puede dudarse de la acribia con que esta lección aparece redactada y acabada, que brilla especialmente en la parte de la misma relativa al novedoso «ingreso mínimo vital» (págs. 401-405), con el pedagógico desarrollo de su régimen jurídico-positivo, desgranado en su concepto, personas beneficiarias y titulares, requisitos, cuantía, incompatibilidades, así como de su duración, reconocimiento, gestión y control. Evidentemente, el alumno agradecerá dicha acribia, de la que como muestra —relativa a la cuantía de dicha novedosa prestación no contributiva, regulada a través de una maraña de reglas sumamente prolijas, y que han sido objeto en muy poco tiempo de modificaciones continuas— ofrezco el siguiente botón: «La renta garantizada será de 469,93 euros al mes para una persona adulta que

viva sola. Cuando se trata de una unidad de convivencia esta cantidad se incrementará hasta un máximo de 1.033,85 euros al mes. Para las familias monoparentales, se añade un complemento de cuantía variable. El [Ingreso]M[ínimo]V[ital] se cobra mensualmente en doce pagas».

Iván Vizcaíno Ramos

GUINDO MORALES, Sara, *Las garantías formales y procedimentales de la resolución del contrato de trabajo por motivos empresariales*, Laborum (Murcia, 2021), 217 págs.

Esta nueva y espléndida monografía de la profesora GUINDO MORALES, admirada colega granadina, constituye un estudio exhaustivo del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, que incluye todo el contexto jurídico nacional en que dicha norma se inserta (con la jurisprudencia y doctrina científica relativas al mismo, cuyo acopio impresiona y abruma), aunque no sólo se refiera a dicho concreto contexto jurídico nacional. En efecto, se eleva sobre este último, acudiendo a la utilización de otro tipo de fuentes jurídicas de conocimiento de su tema, cuyo uso no suele resultar frecuente en estudios relativos, en principio, al Derecho individual español del Trabajo. Lo destaca el ilustre prologuista y maestro de nuestra colega granadina, profesor MONEREO PÉREZ, allí donde afirma —tras poner de relieve que «la autora ha utilizado una metodología jurídica basada en el análisis pormenorizado de la normativa, doctrina y jurisprudencia al respecto»— que su estudio se proyecta «en los ámbitos nacional, comunitario, europeo e internacional». Evidentemente, estos tres últimos ámbitos justifican que la monografía de la profesora GUINDO MORALES deba aparecer recensionada en un Anuario de Derecho comparado. Y a este respecto, en mi opinión, los ámbitos más doctrinalmente impactantes, por causa de su novedad —que razonaré—, son quizá el «comunitario» y el «europeo», que no se confunden en absoluto, pues el primero se refiere al Derecho de la Unión Europea, cristalizado en el Pilar Europeo de Derechos Sociales, mientras que el segundo mira al Derecho del Consejo de Europa, tal y como aparece formalizado en la Carta Social Europea.

Como se sabe, el Pilar Europeo de Derechos Social de 2017 constituye el primer paso en firme para la construcción de una auténtica Unión Europea «social», que acabe desbordando los estrechos límites en que se mueve la vieja «política social» comunitaria, tal y como aparece diseñada en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En este sentido, los componentes del Pilar relativos a las remuneraciones o a la dependencia (cfr. sus Principios núms. 6 y 18) se sitúan en las antípodas de la originaria «frigidez social» de los padres fundadores de las Comunidades,

cabiendo pronosticar que acabarán siendo factores de transformación y de cambio positivo de los respectivos Derechos nacionales del Trabajo y de la Seguridad Social de los Estados miembros. Pero el Pilar hay que relacionarlo sistemáticamente con, y encajarlo en, nuestras instituciones jurídicas nacionales, anticipando los cambios que llegarán de su mano. Y eso es precisamente lo que hace nuestra autora, al traer a colación, en los Capítulos I y III de su obra (respectivamente relativos a «La comunicación escrita a la persona trabajadora expresando la causa extintiva: la carta de despido», y a «La concesión a la persona trabajadora de un plazo de preaviso»), «el Principio núm. 7, letra b), del PEDS, relativo a la protección en caso de despido, que establece que, antes de proceder a un despido, “*los trabajadores tienen derecho a ser informados de los motivos de este y a que se les conceda un plazo razonable de preaviso*”». No se trata, sin embargo, del único toque de vanguardismo jurídico-social supranacional contenido en esta tan sugerente monografía de la profesora GUINDO MORALES.

Llama la atención asimismo su traída a colación de la Carta Social Europea, a propósito del plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo. En mi opinión, aquí lo que resulta premonitorio es la crítica demoledora que nuestra autora efectúa de las indemnizaciones legalmente tasadas en caso de despido objetivo (literalmente, según ella, «la cuantía indemnizatoria correspondiente al despido objetivo declarado judicialmente procedente debería ser la correspondiente al despido objetivo improcedente, y la del despido objetivo improcedente debería ser la del despido objetivo improcedente en la cuantía existente con anterioridad a la reforma laboral que entró en vigor el día 12 de febrero de 2012»), de un lado, si a esto se suma la tan reciente ratificación por España no sólo de la Carta Social Europea Revisada, sino también del llamado Protocolo Adicional a la Carta sobre Quejas Colectivas, del otro lado. En efecto, podría acabar ocurriendo que nuestro sistema de indemnizaciones legalmente tasadas por despido, incluidas las relativas al despido objetivo, acabase siendo declarado incompatible con la Carta Social Europea Revisada, por parte del Comité Europeo de Derechos Sociales. Téngase en cuenta que esta novedosísima vía de control del cumplimiento de la Carta, a diferencia de la tradicional basada en el examen de informes gubernamentales, tiene un carácter temible. Lo saben muy bien nuestros vecinos portugueses, que se vieron obligados a refundar su sistema nacional de inspección de trabajo, al haberse probado acusaciones de corrupción (en relación con su falta de control del trabajo infantil en el sector primario), precisamente por la vía de

una queja colectiva tramitada en su día ante el Comité Europeo de Derechos Sociales.

Alberto Arufe Varela

MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda, *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales. Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2021), 213 págs.

Supuesto —como tantas y tantas veces nos recordaba don Manuel ALONSO OLEA, utilizando una metáfora poderosa— que la originalidad de la investigación consiste, bien en tapar huecos, bien en abrir brechas, en el caso representado por esta monografía de la profesora compostelana Yolanda MANEIRO VÁZQUEZ no queda más remedio que concluir que las dos disyuntivas aludidas por el Maestro aparecen corporeizadas en ella simultáneamente y en unidad de acto (consecuentemente, esta nueva monografía de nuestra admirada colega laboralista tapa huecos «y» abre brechas). En efecto, de un lado, porque basta repasar el pulcro apéndice bibliográfico contenido en su obra, para comprender cabalmente la necesidad de escribir un libro, como éste, que remontándose sobre las noticias, sobre las daciones de cuenta o sobre los comentarios puntuales de casos tapase el vacío existente en nuestra doctrina científica laboralista en materia de «discriminación por asociación» (según nuestra autora, esta figura «surgió ante la necesidad de tutelar también, con la misma intensidad, a quienes, sin poseer en sí mismos la característica discriminatoria [sexo, discapacidad, etnia, etc.], sufren igualmente un trato peyorativo por su causa»), colmándolo integralmente. Y de otro lado, porque aunque esta novedosa causa discriminatoria encajase con holgura en la cláusula abierta del artículo 14 de nuestra Constitución («cualquier otra condición o circunstancia personal o social»), su problemática sustantiva y procesal resultaba ser tan específica como para justificar la necesidad de una reforma legislativa que la encarnase, pareciéndome a mí que esta brecha abierta por nuestra autora necesariamente debería impactar, por ejemplo, en la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuanto que norma referente o norma clave de nuestro Derecho antidiscriminatorio de carácter general, aunque este impacto «sustantivo» no parezca resultar en absoluto suficiente, dadas todas las implicaciones «procesales» de la temática exhaustivamente abordada por nuestra autora, y que aparece reflejada incluso en el título de su obra («La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales»).

Lo subraya el ilustre prologuista de la obra, recordando que «he tenido oportunidad de asistir a intervenciones del profesor Manuel Alonso Olea en las que este manifestaba, como convicción, que quien no sabe derecho procesal no sabe derecho», para concluir que «la profesora Yolanda Maneiro Vázquez, buena conocedora del derecho procesal, sabe derecho». En esta línea, los tres primeros capítulos del libro son como peldaños de una escalera, que conducen al rellano de la misma representado por el capítulo último y cuarto, titulado «Los retos procesales en la tutela de la discriminación por asociación a la luz de la Ley reguladora de la jurisdicción social». Es donde, con lo escrito por nuestra autora, cobra pleno sentido la máxima de sabiduría jurídica de siempre, según la cual el Derecho Procesal es el Derecho en pie de guerra. Todo lo abordado en este capítulo resulta estimulante y sugerente, incluido el asunto de su potencial ubicación en la Ley 36/2011 (mejor, en mi opinión, allí donde esta última procede a tratar la modalidad especial de protección de los derechos fundamentales, aun siendo cierto que el grueso de la casuística judicial nacional estudiada por nuestra autora se refiere a procesos de despido), aunque haya que recomendar especialmente la lectura, por su carácter sorprendente e impactante, del subcapítulo final del capítulo en cuestión, especialmente allí donde aborda el tema, a propósito siempre de la «discriminación por asociación», de la indemnización por lesión de derechos fundamentales. Todo en él es sutileza jurídica e hilado jurídico muy fino (sobre todo, donde se desgrana «la posibilidad de que se imponga una condena indemnizatoria desvinculada del reconocimiento de la lesión del derecho fundamental», que nuestra autora excluye, por aplicación analógica de jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo), imposibles de trabar si no se poseen conocimientos muy sólidos, como los que nuestra autora posee, de Derecho Procesal del Trabajo.

En fin, dada la novedad del asunto, la justificación del bautismo de la institución estudiada por la profesora MANEIRO VÁZQUEZ parecía exigir un pronunciamiento explícito por parte de ella, que también aparece contenido en su obra. La autora no oculta las múltiples opciones de que podía haber echado mano, afirmando que «no hay mejor evidencia del papel que han tenido los tribunales en su construcción que los diversos nombres que ha venido recibiendo y que ponen de manifiesto la carencia de una denominación legal y unificada», pues —siempre según nuestra autora—

«junto al término inicial de “discriminación por asociación”, otras resoluciones judiciales han empleado diversas calificaciones para referirse siempre a la misma realidad jurídica», como las de «”discriminación refleja”, “*per relationem*”, “por vinculación” o “por interposición”, “transferida”, “por persona interpuesta”, entre otras». Ahora bien, no cabe pasar por alto que entre las razones aducidas por Yolanda MANEIRO para justificar su decantación por la de «discriminación por asociación» se cuentan también las de Derecho comparado, afirmando a este respecto que «si la aparición de la discriminación por asociación en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y en la doctrina judicial española constituye una novedad, también es cierto que no resultaba una figura desconocida en el derecho comparado, al estar presente en otros ordenamientos jurídicos nacionales», aduciendo que «en Europa, el derecho británico recoge el concepto de discriminación por asociación (“*Discrimination by association*”) como una subcategoría de la doctrina de la discriminación transferida (“*Transferred Discrimination*”)».

Jesús Martínez Girón

MARTÍNEZ BARROSO, M^a de los Reyes y MEGINO FERNÁNDEZ, Diego, *La formación en un mercado laboral tecnificado*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2021), 169 págs.

Aunque esta espléndida monografía de los colegas leoneses MARTÍNEZ BARROSO y MEGINO FERNÁNDEZ no pueda ser calificada, desde un punto de vista formal, como una monografía de Derecho comparado del Trabajo en sentido estricto, materialmente hablando y en sentido amplio sí lo es, con toda rotundidad, pues se eleva sobre las insuficiencias de la legislación española en materia de formación laboral, con la finalidad de buscar en otros pagos (incluidos, también los doctrinales-transversales) soluciones a los retos que plantea la nueva realidad del mercado laboral tecnificado. Sobre nuestras insuficiencias, la posición de nuestros autores es rotunda, afirmando la existencia —respecto de la formación profesional para el empleo, que es crucial— de un panorama español poco halagüeño, «debido a los graves defectos estructurales derivados del marasmo normativo, la falta de coordinación entre las diversas instancias públicas implicadas y la alteración de sus finalidades, al dar entrada a consideraciones asistenciales ajenas al fin estrictamente formativo». En cuanto a las alturas a las que se remontan, para así poder sobreponerse a este panorama nacional, las fuentes transversales que manejan aparecen descritas en el capítulo II de su libro, cuyo rótulo —que lo dice todo— es el de «La imprescindible puesta en relación de la industria 4.0 con los objetivos del desarrollo sostenible y el trabajo decente». Lógicamente, la «industria 4.0» es el eje estructurador, alrededor del cual orbita todo el contenido de la obra. Y hay que agradecer a los autores su imponente claridad terminológica, que facilita el hecho de que poder transitar por el libro acabe convirtiéndose en una tarea grata y susceptible, incluso, de poder ser realizada de un único tirón.

A efectos clarificadores, el capítulo introductorio resulta crucial. En él, afirman nuestros dos autores que «conviene diferenciar desde un inicio entre los tres principales conceptos concurrentes, a pesar de que, con frecuencia, son usados como sinónimos», resultando que estos tres conceptos son los de «robotización», «digitalización» e «industria 4.0».

Sobre el primero, indican que «abarca todos aquellos instrumentos o medios en los que prima la mecanización —lo que permite dar cabida a, por ejemplo, múltiples manifestaciones vinculadas a la inteligencia artificial (IA), las impresoras 3D, los drones, los vehículos autónomos, etc—». Sobre el segundo, por su parte, afirman que en él resultan áreas tecnológicas clave las de «internet de las cosas, *cloud computing*, [...] ciberseguridad, *big data* y *data analytics*, nuevas redes de telecomunicación [*LPWA*, 5G ...], robótica colaborativa, realidad aumentada, virtualización y simulación». En fin, nuestros autores también afirman, ubicando los dos conceptos a que acabo de referirme, que «uno y otro cuentan con un espacio reservado dentro de la inclusiva y omnicomprendensiva figura de la industria 4.0, al igual que todos los cambios surgidos de la penetración, convergencia y efecto difuminador ... de la nanotecnología, la biotecnología y la ciencia cognitiva», esto es, las «llamadas “tecnologías esenciales facilitadoras” (*KET*, siglas de *key enabling technologies*)». Esto despejado, el libro da rienda suelta a una cuidadísima teorización sobre las necesidades formativas en el nuevo mercado laboral marcado por la «industria 4.0», calificada por nuestros autores, recuérdese, como figura «inclusiva y omnicomprendensiva», al hilo del análisis de concretas hipótesis que sólo pueden ser calificadas como doctrinalmente fascinantes.

Entre ellas, se cuentan las de las empresas que «únicamente existan en la red, careciendo en consecuencia de una sede física e, inclusive, de elementos materiales y trabajadores visibles», lo que —como ponen de relieve nuestros autores, incidiendo en la necesaria adquisición de cibercapacidades— que «ello exige que sus clientes y los consumidores en general dispongan de un conocimiento, siquiera elemental (esto es, no tan amplio y preciso como el requerido a sus trabajadores), de las aplicaciones informáticas a través de las cuales canalizan su actividad». En el otro extremo del arco, se situarían «aquellos supuestos donde [las nuevas tecnologías] no resulten básicas o específicas para las funciones y las tareas del puesto», respecto de los que el pronunciamiento de nuestros autores es rotundo, pues —según ellos— «el derecho a la formación de los trabajadores abarca también el aprendizaje en las TIC, algo que se estima indispensable habida cuenta de la relevancia vital adquirida por las nuevas tecnologías y del más que presumible impacto inmediato que la denominada disrupción robótica tendrá sobre los entornos productivos». Ahora bien, nuestros autores advierten sobre la existencia de dos circunstancias que complican la implementación de políticas formativas, al menos en el corto

plazo. Se trata, de un lado, del «apremio a la hora de anticipar las evoluciones y las modificaciones»; y de otro lado, «el riesgo latente de una acelerada obsolescencia de los conocimientos, dado que “el ciclo de habilidades es más corto que nunca y el cambio está sucediéndose a una escala sin precedentes”». A pesar de tales complicaciones, resulta encomiable el elenco de «destrezas relativas a conocimientos técnicos», pero también a «aquellas otras “transferibles”», realizado por nuestros autores en este libro, tras preguntarse «cuáles son esas aptitudes o cualidades elevadas a la condición de “santo grial” para el empleo presente y del futuro».

Alberto Arufe Varela

MONEREO PÉREZ, José Luis y ORTEGA LOZANO, Pompeyo Gabriel, *Los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo*, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2021), 661 págs.

Esta espléndida monografía de la que son coautores el maestro laboralista granadino, profesor MONEREO PÉREZ, y su discípulo, profesor ORTEGA LOZANO, pasa a erigirse —tras su publicación— en el referente de inescusable manejo y cita sobre su tema, en nuestra doctrina científica laboralista. Todo lo relativo a los grupos de empresas, desde el punto de vista de la disciplina del Derecho del Trabajo, así como todas sus fuentes de conocimiento (normativas y convencionales, jurisprudenciales y doctrinales) aparecen abordados en esta monografía con una complitud que abruma. Además, es una monografía de águilas, probándolo contundentemente la parte primera de la misma (titulada «Por una teoría jurídica de los grupos de empresas»), donde se enmarca toda una serie de capítulos, del más alto interés doctrinal, que partiendo de uno protocolar («Tratamiento iuslaboral de los grupos de empresas: Contexto general e introductorio») acaban desembocando en otro de carácter epilodal («Hacia la búsqueda del método: Por una teoría jurídica integradora y crítico-reflexiva de los grupos de empresas»), evidenciando todo este conjunto de porciones que las teorías jurídicas tradicionales de la empresa (elaboradas sobre todo por mercantilistas y, en menor medida, también por fiscalistas o administrativistas) andarían cojas, si se prescinde de la visión jurídico-laboral de la realidad de la empresa, como la aquí aportada por nuestros dos autores. En su contexto, caracterizado por la exhaustividad en el tratamiento de los asuntos abordados por este auténtico «tratado» de los grupos laborales de empresas, llama especialmente la atención —a los concretos efectos de un Anuario de Derecho Comparado del Trabajo, como éste, en el que se jalea la publicación de tan importante monografía— su Capítulo IX, precisamente por referirse frontalmente a temáticas de Derecho comparado del Trabajo (se titula «La regulación normativa expresa de los grupos de empresas en otros países: Alemania, Brasil y Portugal»).

En realidad, el panorama comparatista que contiene este Capítulo es mucho más amplio que el que aparenta ofrecer su título, aunque este último se tome como fulcro o punto de referencia, al referirse a tres países

«que sí han regulado normativamente (no solo de facto o jurisprudencialmente) los grupos societarios». Sobre esta base, según nuestros autores, cabría establecer una primera lista de ordenamientos jurídicos nacionales que también poseen, como los tres señalados en el rótulo del Capítulo, una regulación del tema completa o total (o si se quiere, de carácter transversal, aplicable a diversas ramas del ordenamiento jurídico o, incluso, a todo éste en su conjunto), en la que cabría encajar no sólo países europeos («como Albania, Croacia, Eslovenia, Hungría, Polonia, la República Checa, Rusia y Turquía»), sino también países de América del Sur («tales como Argentina y Venezuela»). Ahora bien, nuestros autores indican que «también localizamos países que han adoptado una regulación parcial del fenómeno de los grupos de empresas, tales como, Estados Unidos, Suiza, Francia, Perú, Uruguay o Chile», resultando que «de conformidad con este sistema de regulación parcial, las normas vienen actuando con autonomía haciendo referencias normativas a los grupos de empresas con efectos limitados a su propio ámbito de aplicación», por lo que «se trata de un sistema normativo específico para cada ámbito jurídico, sin que pueda localizarse un concepto aplicable que permita resolver los conflictos que puedan generarse en las diferentes ramas del ordenamiento jurídico».

Lógicamente, respecto de los ordenamientos alemán, brasileño y portugués, el estudio de las fuentes reguladoras, es intenso. Se trata de un estudio enriquecido con la mención de paralelos, concordancias o reenvíos al Derecho español. Así, por lo que se refiere a Alemania, apuntan —en lo esencial— que «el §17 y el §18 [de la Ley de Sociedades Anónimas de 6 septiembre de 1965] se refieren a las “Empresas del Grupo”, lo que vendría a ser el equivalente a nuestro artículo 42 del Código de Comercio y a ese reconocimiento fáctico que se realiza en nuestro ordenamiento», aunque —prosiguen— «además de ese reconocimiento por vía de indicios, en la normativa [alemana] también se localiza una serie de instrumentos expresos con los que reconocer a los grupos de empresas». A continuación, indican que «Brasil también se encarga de regular los grupos de empresas en la Ley núm. 6, 404, de 15 de diciembre de 1976, sobre disposiciones sobre accionistas», teniendo en cuenta que «además del reconocimiento del grupo vía presunciones (al igual que ocurre en el ordenamiento jurídico español), la ley brasileña regula la posibilidad de constituir grupos a través de la filiación ... y de manera contractual a través de convenios». En fin, concluyen afirmando, a propósito del ordenamiento portugués, que «también se encarga de regular los grupos de sociedades», estableciendo su

Código de Sociedades Comerciales «el ámbito y las limitaciones de aplicación de lo que puede traducirse como “sociedades asociadas” para, a continuación, referirse ... a los tipos de empresas asociadas».

Iván Vizcaíno Ramos

MONTEIRO FERNANDES, António, *Uma história de leis do trabalho. De como nasceram e cresceram em Portugal (1867-1974)*, Quid Juris? (Lisboa, 2021), 192 págs.

El profesor Dr. *h.c.* António MONTEIRO FERNANDES es uno de los grandes maestros del Derecho contemporáneo europeo del Trabajo, además de co-fundador reconocido del moderno Derecho portugués del Trabajo y, por supuesto, un publicista de fama y éxito notorios, no sólo en su patria, brillando entre sus publicaciones su conocidísimo y continuamente reeditado manual universitario de *Direito do Trabalho*. Este último, centrado en el Derecho positivo portugués, es un auténtico semillero de publicaciones, que permiten desarrollarlo y complementarlo. Y entre las semillas en él contenidas, ha germinado últimamente esta espléndida monografía histórica suya, cuya publicación en el mercado editorial portugués resultaría injusto no reseñar en España. Como ponen de relieve su título y su subtítulo, se trata de una historia de las leyes laborales portuguesas, y de cómo nacieron y crecieron durante un dilatado período de ciento siete años. En la obra, este dilatado período de tiempo aparece dividido en tres porciones o «partes», cuya autonomía resulta clara y rotunda, al tratarse de porciones que poseen incluso auténtica dimensión constitucional. Así, la primera parte se corresponde con las leyes de trabajo «en la monarquía constitucional», cubriendo —a partir de 1867— un período de prácticamente cuarenta y cinco años. La segunda, más breve (poco más de década y media), se refiere a las leyes de trabajo «en la primera república», a la que abruptamente se puso fin en 1927. Y la tercera, tan dilatada como la primera, aborda las leyes de trabajo «en el “Estado Nuevo”» o Estado corporativo (primero salazarista, y luego, aunque mucho más brevemente, caetanista), con el que terminó de un plumazo la llamada «Revolución de los Claveles» de 1974. Es una auténtica delicia leer esta monografía —carente de verdadero paralelo en la historiografía jurídica española—, pues no se limita sólo a contar cuáles fueron, cómo se gestaron y a quién debemos la paternidad de las principales normas laborales históricas portuguesas. También detalla «lo que se escribía» por los autores (consecuentemente, cuál era la doctrina científica) en cada uno de los tres períodos citados, sobre los que está construida la estructura de esta monografía, tan sólida como pueden serlo los sillares de auténtica piedra berroqueña.

Evidentemente, hay muchas leyes de trabajo estudiadas, con todo mimo y todo detalle, en este magnífico libro. Si tuviese que decantarme por unos pocos *highlights*, me centraría en tres, uno por cada una de las tres «partes» en que se estructura el propio libro. En primer lugar, el Decreto de 1891 (debido a la iniciativa del Ministro Emídio NAVARRO), sobre el trabajo de menores y mujeres en «fábricas, oficinas, minas, canteras y casas o lugares de trabajo industrial», así como en «construcciones civiles», del todo equivalente a nuestra Ley BENOT (fijaba, por ejemplo, la edad mínima de admisión al trabajo en doce años, limitando la jornada de estos niños a no más de diez horas diarias), hasta el punto incluso —como también sucedió en España— de que su efectividad fue prácticamente nula, afirmándose sobre ella dos décadas después de promulgada, como puntillosamente anota el profesor MONTEIRO FERNANDES, que «las leyes ... que se refieren al trabajo de los menores en las fábricas ... yacen en un absoluto olvido». En segundo lugar, la primera Ley portuguesa de accidentes de trabajo de 1913 (debida a la iniciativa, así como a la porfía, del médico José Esteban de VASCONCELOS), afirmando sobre ella el profesor MONTEIRO FERNANDES que «mirando para el contenido de la ley ..., la primera impresión fuerte es la de que existe una relación muy estrecha entre su contenido y el de la ley española [o “Ley DATO”] de 1900». En tercer lugar, ya en el período corporativo, la primera Ley portuguesa de contrato de trabajo de 1937 (cuya paternidad debe asignársele al juez de trabajo Manuel REBELO DE ANDRADE), afirmando respecto de ella nuestro autor que «hay que reconocer la calidad técnica y perfección jurídica que caracterizaron esta norma fundamental», lo que «por lo demás, le garantizó una larga vida, de casi tres décadas».

Pero este delicioso libro, como anticipé, también aborda el contexto doctrinal (recuérdese, «lo que se escribía»), caracterizado por tratarse de un contexto doctrinal no universitario (el Derecho del Trabajo sólo se incorporó a los planes de estudios de las Facultades portuguesas de Derecho muy tardíamente, tras la desaparición del Estado corporativo). Son muchas las obras doctrinales asignadas a cada concreta etapa por el profesor MONTEIRO FERNANDES, aunque creo que merece aquí el honor de ser especialmente mencionada una de carácter absolutamente rompedor. Me refiero a la *Legislação operária portuguesa* del profesor Ruy ENNES ULRICH, publicada en 1906. De este libro «de más de cuatrocientas páginas», el profesor MONTEIRO FERNANDES afirma que fue la «tesis

de licenciatura» de su autor, caracterizada «en todo aquello (y era mucho) que no tenía, en la época, tratamiento legislativo propio en Portugal», por el hecho de que «ULRICH recorría profusamente la doctrina y las legislaciones extranjeras para construir soluciones *de iure condendo*». En fin, el propio profesor MONTEIRO FERNANDES, entre otros méritos extraordinarios (por ejemplo, «por primera vez en Portugal, haber diferenciado el contrato que tenía por objeto el trabajo dependiente como “contrato de trabajo”, considerado “un contrato *sui generis*”») le reconoce el de su carácter totalmente pionero —como obra de conjunto—, indicando que «puede, quizá, considerarse el primer manual de Derecho del Trabajo que se escribió en Portugal».

Alberto Arufe Varela

OJEDA AVILÉS, Antonio (Director), *Grandes ríos y Derecho del Trabajo. Great rivers and Labour Law*, Laborum (Murcia, 2021), 384 págs.

Este libro fascinante, formalmente concebido como *Liber Amicorum* del fallecido catedrático colombiano, Marcel SILVA ROMERO, presenta la singularidad insólita de contener una contribución realizada por el propio catedrático homenajeado, ya publicada por él mismo en otra sede seis años antes de su fallecimiento. Ahora bien, esta contribución suya (titulada «De la negociación laboral de los negros y zambos del río Magdalena») contiene la idea seminal de su postrero Libro Homenaje, que es un conjunto de estudios originales y eruditos sobre las condiciones de trabajo (y eventualmente, de seguridad social) de trabajadores fluviales, que desarrollan o desarrollaban su trabajo a bordo de embarcaciones circulantes por muy distintos ríos, americanos y europeos, navegables. Se trata de un total de 18 estudios, redactados en hasta cuatro lenguas distintas (español, inglés, portugués e italiano), que hubiesen sido cinco si la fenomenal contribución del profesor Wolfgang DAÜBLER, sobre los bateleros del Rin, no hubiese sido traducida del alemán al castellano por Alberto ARUFE VARELA, catedrático coruñés de Derecho del Trabajo. Desde un punto de vista estructural, la obra aparece dividida en cinco partes, respectivamente relativas a «Generalidades» (redactada por el profesor Antonio OJEDA AVILÉS, con un carácter introductorio que se agradece, y donde se justifica que los ríos puedan ser objeto temático no sólo de la literatura *simpliciter*, sino también de la literatura jurídica), al «Río Magdalena» (con hasta seis contribuciones distintas, incluida la del propio homenajeado, ya citada), a «Otros ríos de América latina» (con seis contribuciones más, una de ellas redactada en portugués), a «Grandes ríos de América del Norte» (con otras dos contribuciones, las dos redactadas en inglés) y, por último, a «Grandes ríos de Europa» (con otras tres contribuciones de cierre del propio libro, una de ellas realizada en italiano). Como se ve, el grueso de trabajadores fluviales abordados se refiere a grandes ríos americanos, de América del Sur, del Centro y del Norte, aunque los de los tres ríos europeos tratados presentan un interés doctrinal extraordinario, que justificaré un poco más abajo.

Los grandes ríos americanos abordados, todos navegables, son nueve. En América del Sur, los ríos Magdalena, Amazonas, Paraguay, Paraguay-Paraná, Orinoco y el Río de la Plata. En América Central, el río Chagres de Panamá. Y en América del Norte, los ríos Mississippi y San Lorenzo. En general, se trata de ríos que fluyen en su parte navegable por un único Estado ribereño, refiriéndose los 14 estudios relativos a los mismos única y exclusivamente a problemáticas jurídico-laborales relevantes de los correspondientes trabajadores fluviales. En ellos, especialmente en los estudios latino-americanos, resulta palpable el condicionamiento derivado de las normas que promulga la OIT, lo que en ocasiones relativiza la importancia de instituciones de Derecho colectivo del Trabajo del más alto interés doctrinal, como en el caso del «contrato sindical» estipulado en el colombiano río Magdalena en 1946 (en realidad, un pacto puro, y yo diría que duro, de seguridad sindical estipulado con la contraparte empresarial). En cambio, en el caso del río Paraná-Paraguay, el río discurre en su parte navegable por hasta cinco Estados distintos (Bolivia, Brasil, Paraguay, Uruguay y Argentina), concluyendo el autor de la correspondiente contribución sobre el tema, profesor Miguel CANESSA MONTEJO, que se origina una problemática de calibre suscitada por la falta de existencia de algún tipo de norma internacional multilateral reguladora de las condiciones de trabajo de los trabajadores fluviales en cuestión —norma, de existir, que actuaría en paralelo con el acuerdo internacional de carácter económico ya aplicable a esta hidrovía—, y además, que «hay una disparidad en las regulaciones nacionales sobre cada una de las materias laborales por lo que esa falta de uniformidad dificulta asegurar su cumplimiento».

En cuanto a los ríos europeos, se trata del Rin, del Danubio y del Guadalquivir. La contribución relativa al primero, debida al ya citado Wolfgang DÄUBLER, se refiere al ejemplo más linajudo en el mundo de colaboración perdurable entre Estados ribereños (que llegaron a ser incluso, como en el caso de Francia y Alemania, potencias enfrentadas), para hacer efectiva la protección jurídico-laboral y de seguridad social de los correspondientes trabajadores fluviales (denominados «bateleros»), lo que explica el apoyo y salvaguarda que le han otorgado tanto la OIT como la Unión Europea. La del Danubio la realiza el catedrático italiano Luca NOGLER, Maestro especialista en Derecho comparado del Trabajo, poniendo de relieve que el destino de este río, en las antípodas del Rin, «es el de ser un río divisorio», y que «el trabajo a lo largo del Danubio es objeto de sus buenas 19 legislaciones laborales, así como de 19 diversas constelaciones de actores de aquello que en el lenguaje jurídico de muchos

países se llama el Derecho colectivo del Trabajo». En fin, del río Guadalquivir trata el director de la obra, profesor OJEDA AVILÉS, apuntando con objetividad que «no cabe defender que el Guadalquivir sea un gran río en el sentido habitual asumido en este libro», aunque — prosigue— «si lo traemos a estas páginas es porque el libro que nos ocupa tiene una dimensión intercontinental, atlántica, allí donde tratan de relacionarse ríos americanos y europeos, y uno como el que va a ocuparnos ahora llevó adelante la función de unir esas dos orillas con una vocación global que no se reducía a lo comercial sino también a lo político». En una España, como la de los siglos XVI y XVII dominada por las organizaciones gremiales, el Maestro comparatista español realiza un documentadísimo y fenomenal estudio de los «dos grupos irreconciliables dentro de un mismo gremio, el grupo de los maestros de taller y el de los oficiales o especialistas, pues ya desde un principio para la navegación a América ambos grupos aparecen escindidos en corporaciones diferentes y de desigual fortuna», de las cuales «una será la de los armadores —la Universidad de Cargadores a Indias—, la otra será la de los marinos —la Universidad de Mareantes—».

Jesús Martínez Girón

PAZOS PÉREZ, Alexandre, *Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital*, Thomson Reuters-Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2021), 280 págs.

La singularidad de este libro, en cuanto que realizado por un laboralista, radica en su proyección de los derechos fundamentales de que gozan los trabajadores asalariados sobre los trabajadores autónomos, sean o no TRADEs, justificándose dicha proyección por causa del hecho de que los cambios habidos con la era digital convierten al grueso de autónomos personas físicas en un colectivo especialmente desprotegido y vulnerable. En este sentido, la obra del colega vigués comienza afirmando que resulta «necesario centrarse en la verdadera finalidad que tiene el Derecho laboral, con su carácter tuitivo de protección de los derechos de los trabajadores», pero teniendo en cuenta que trabajadores «pueden ser falsos autónomos o incluso verdaderos trabajadores por cuenta propia que también necesitan la protección del derecho laboral». Y ello, porque «la nueva economía digital está generando profundos cambios en el modelo de organización del trabajo y el empleo», observándose «claramente que el trabajo asalariado se repliega en beneficio de un avance del trabajo autónomo, multiplicándose las modalidades de relación entre los nuevos trabajadores por cuenta propia y sus clientes». Por todo ello —prosigue—, «si las relaciones de trabajo autónomo se van a extender progresivamente, será necesario garantizar a los trabajadores autónomos un estatus similar al de los trabajadores asalariados», visto —con perspectiva a corto plazo— que «la flexibilidad de la nueva economía digital ofrece un margen mayor para combinar de diversa forma el empleo autónomo y el asalariado». En fin, según el profesor PAZOS, el objetivo a lograr sería revertir la situación de muchos trabajadores autónomos, evidenciada por el hecho de que «la tasa de pobreza de los trabajadores por cuenta propia triplica la de los asalariados en la UE», resultando que «en el Reino de España, algunos informes sitúan en un 40% el autoempleo de bajos ingresos».

Con todo este telón de fondo —que va más allá de la regulación positiva contenida en la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo («ha tenido poco calado [en materia de derechos fundamentales] como se puede apreciar en los escasos pronunciamientos judiciales al respecto») —,

nuestro autor estructura su obra en nueve capítulos, respectivamente relativos a lo siguiente: 1) «La digitalización en el ámbito laboral», describiendo el contexto histórico normativo del asunto, también aplicable a los trabajadores autónomos; 2) «Derechos fundamentales de los trabajadores autónomos», donde claramente extravasa la magra regulación de la Ley 20/2007; 3) «Plataformas digitales», con un subcapítulo —a calificar de extremadamente original— sobre el tema de «la reputación digital»; 4) «Perfiles de trabajadores autónomos vulnerables, escenarios virtuales, discriminaciones y derechos fundamentales», poniendo aquí el foco de atención en las mujeres autoempleadas; 5) «Incentivos y desincentivos al trabajo autónomo. Desigualdades y discriminaciones en la nueva economía», focalizando las cuestiones ahora tratadas en los incentivos y desincentivos ligados a los deberes instrumentales de seguridad social y a la protección de seguridad social por cese de actividad; 6) «La vertiente de defensa colectiva de los intereses de los trabajadores autónomos», destacando cómo puede llegar a impactar la era digital en el peculiar derecho de negociación colectiva de que gozan los TRADEs; 7) «Era digital y la seguridad social de los trabajadores autónomos», con referencia a aspectos críticos de gestión instrumental y de gestión de prestaciones; 8) «El derecho a la protección de datos personales y el derecho a la desconexión digital», que incluye entre los que llama «derechos de tercera y cuarta generación»; y 9) «El efecto de la pandemia del Covid-19 y el impulso del teletrabajo», con una interesante panoplia de impactos de este tema de actualidad sobre los trabajadores autónomos, especialmente los más vulnerables.

Por lo demás, esta obra del profesor PAZOS se apoya, en ocasiones, en argumentos de Derecho comparado, bien del Trabajo, bien de la Seguridad Social, lo que justifica que deba ser reseñada en un Anuario centrado precisamente en dicha temática. Así, lo trae a colación en materia de cotización («otros países de nuestro entorno contemplan sistemas de cotización que se corresponden con la evolución del negocio. En Francia y Bélgica, la cotización de los trabajadores autónomos se calcula sobre la declaración de la renta en relación con los ingresos anuales. En Italia se calcula anualmente en función de los rendimientos profesionales declarados a efectos del impuesto de la renta de las personas físicas y también en el Reino Unido la cotización depende de los beneficios calculados conforme a criterios fiscales»), lamentando un poco después «la desigualdad que sufren los trabajadores autónomos sobre la imposibilidad de su ejercicio a tiempo parcial con respecto a los trabajadores por cuenta ajena». Tiene toda la

razón el profesor PAZOS, y quizá debería aprovecharse el hecho de que deba reformularse de arriba a abajo la regulación de la cotización de los trabajadores asalariados a tiempo parcial, que ha vuelto a ser declarada inconstitucional, para extender las novedades, sean cuáles sean, a la cotización a tiempo parcial de los autónomos (como también apunta nuestro autor, «la permisibilidad de la parcialidad en el trabajo autónomo supondría una potenciación del emprendimiento, además que también podría convertirse en una herramienta que facilitase el ejercicio del derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar y la corresponsabilidad entre sexos»).

Jesús Martínez Girón

RODRIGUES, Abel, *Direito da Segurança Social*, Nova Causa (Braga, 2020), 238 págs.

Desde el punto de vista de la enseñanza universitaria del Derecho, Portugal es en el contexto europeo un país peculiar, pues en las Facultades portuguesas de Derecho no se enseña Derecho de la Seguridad Social. Y ello, a pesar de la existencia de fuentes normativas reguladoras del fenómeno (señaladamente, la Ley 4/2007, de Bases generales del sistema de seguridad social, que actúa como una especie de *meeting point* normativo, precisamente en materia de seguridad social), cuya interpretación y aplicación provoca, como es lógico, la existencia de pleitos o litigios sobre asuntos de seguridad social (que es, al igual que en todas partes, una materia muy contenciosa y muy litigiosa). El hecho de que las Facultades portuguesas de Derecho no le den al Derecho de la Seguridad Social un tratamiento estándar provoca muy diversas consecuencias, una de las cuales se refiere a la existencia de doctrina científica, pero sólo extrauniversitaria, en materia de Derecho de la Seguridad Social, inscribiéndose en este tipo de literatura jurídica el manual de Abel RODRIGUES, que ahora mismo pretendo presentar. Este autor no es profesor universitario de Derecho, resultando de extraordinario interés la breve «nota introductoria» del manual en cuestión. En ella, resultan especialmente relevantes sus confesiones relativas a lo siguiente: 1) sobre la base de que «en este libro, el objeto de estudio, se centra en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social», la de que «esta área de conocimiento ha sido relativamente ignorada por el mundo académico, aunque tiene una enorme relevancia práctica y teórica»; 2) esto último, porque «el Derecho de la Seguridad Social acompaña al hombre desde el nacimiento hasta la muerte»; y 3) «en la literatura jurídica portuguesa son escasos, o incluso inexistentes, los estudios y las publicaciones, en el ámbito de la seguridad social», por lo que —siempre según dicho autor— «este libro va a llenar una laguna existente en la literatura jurídica portuguesa». Ahora bien, respecto de esta última afirmación, yo introduciría algún matiz que la relativizase, pues siempre ha habido en Portugal una cierta manualística extrauniversitaria sobre Derecho de la Seguridad Social. Después de la revolución de los claveles, es el caso notorio de Ilídio das NEVES, *Direito da Segurança Social. Princípios fundamentais numa análise prospectiva* (Coimbra Editora, 1996, 966 págs.),

pero también de Apelles J.B. CONCEIÇÃO, *Segurança Social. Manual prático*, 13ª ed. (Almedina, 2022, 874 págs.), debiendo calificarse estas dos obras como libros concebidos para ser utilizados por un público tendencialmente práctico.

Desde un punto de vista estructural, este manual práctico de Abel RODRIGUES aparece dividido en seis capítulos. De este conjunto de capítulos, excluido el primero (que trata de las fuentes normativas reguladoras del Derecho portugués de la Seguridad Social), resulta que los cinco restantes se ocupan todos ellos de las «contingencias» protegidas. A su vez, de entre estas «contingencias», merece un comentario especial —por razones de Derecho comparado— el capítulo tercero (rotulado «La protección social en los accidentes de trabajo y en las enfermedades profesionales»). A un español o a un italiano este capítulo no le llamaría especialmente la atención, en principio, pues darían ambos por supuesto que el Derecho de los riesgos profesionales es un tópico clásico del Derecho de la Seguridad Social, tanto en España como en Italia. Ahora bien, un colega español o un colega italiano se sorprenderían, con toda seguridad, si supiesen que el Derecho relativo a los accidentes de trabajo es, en Portugal, Derecho del Trabajo, pero no Derecho de la Seguridad Social, tanto desde un punto de vista sustantivo como desde un punto de vista procesal. Desde un punto de vista sustantivo, porque el accidente de trabajo se regula en el Código portugués del Trabajo de 2009, así como en la legislación laboral de desarrollo de dicho Código (y especialmente, en la Ley 98/2009, que reglamenta el régimen de reparación de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales). Desde un punto de vista procesal, porque el contencioso portugués de los accidentes de trabajo no es contencioso administrativo (como sí lo es, en cambio, el contencioso de la seguridad social), sino que es contencioso laboral puro y duro, conociendo de los pleitos sobre accidentes de trabajo los tribunales laborales portugueses, tanto en primera instancia, como en vía de recurso ante los Tribunales de Relación y, por último, ante la Sección Social del Supremo Tribunal de Justicia. Esto explica, pero ahora desde un punto de vista doctrinal, que la doctrina científica portuguesa en materia de accidentes de trabajo sea abundantísima, a diferencia de lo que sucede en materia de Derecho de la Seguridad Social. En efecto, no existe en Portugal manual de Derecho del Trabajo que omita estudiar con todo detalle el régimen jurídico de protección del accidente de trabajo, que es —repito— un régimen jurídico de naturaleza laboral.

En mi opinión, este manual de Abel RODRIGUES es un manual muy meritorio, pero que no puede ser calificado como un manual de Derecho de la Seguridad Social del siglo XXI, sino que es —al igual que los manuales prácticos antes citados de Ilídio das NEVES y de Apelles J.B. CONCEIÇÃO— un manual de Derecho de la Seguridad Social materialmente adscribible al pasado siglo XX. Téngase en cuenta que estudia, aparte la contingencia de accidente de trabajo, también las contingencias de desempleo (en el capítulo cuarto), de jubilación (en el capítulo quinto) y de protección a la familia (en el capítulo sexto), que son todas ellas contingencias importantes y que hay que seguir protegiendo, pero que nacieron a la vida del Derecho en el pasado siglo XX. No puede hablarse de un verdadero manual de Derecho de la Seguridad Social del siglo XXI, si es que en el mismo no aparece tratada la que es la contingencia de seguridad social del propio siglo XXI, inexorablemente ligada a la cuarta (no la tercera) edad, y que es la contingencia de dependencia (en inglés jurídico, «*long-term care*»). Sobre este tema, el argumento de autoridad lo suministra la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo contenido tiene, como se sabe, el mismo valor jurídico que los Tratados. En efecto, de acuerdo con su artículo 34 (rotulado «Seguridad social y ayuda social»), no queda más remedio que distinguir entre seguridad social contributiva (un portugués hablaría de seguridad social «*previdencial*»), que comprende las contingencias de «la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia [*sic*] o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo», de un lado; y del otro lado, la seguridad social no contributiva (en portugués jurídico, «*proteção social de cidadania*»), orientada a «combatir la exclusión social y la pobreza» y, por tanto, a proteger «a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales».

Mário Silveiro de Barros

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, *Annual Report to Congress on Department of Justice Activities to Combat Elder Fraud and Abuse*, 18 octubre 2021, 158 págs.

Esta obra, a calificar de escrito de máximo interés y de máxima utilidad práctica para todos los públicos, contiene el último informe al Congreso norteamericano, elaborado por el Ministerio federal de Justicia, para cumplir lo dispuesto en la sección 503 de la Ley de Prevención y Persecución del Abuso a los Mayores de 2017. Se trata de una Ley de consenso entre los dos grandes partidos políticos norteamericanos, promulgada con la finalidad de combatir la ciber-criminalidad que padecen los norteamericanos mayores de clase media, los cuales (a diferencia de lo que sucede en Europa) se encuentran, por regla general, totalmente inmersos en el mundo de lo digital, en el que participan activamente. El informe da cuenta de las medidas adoptadas por el Ministerio federal de Justicia norteamericano, durante el período 2020-2021, a efectos de animar a los mayores activos en Internet a denunciar los ciber-delitos de que han sido víctimas, poniendo de relieve que la posibilidad de recuperar el dinero que han perdido no es sólo una hipótesis teórica, sino una realidad exitosa en muchos y muchos casos. Se trata de un escrito precedido de una presentación, a cargo del Sr. Merrick B. GARLAND, Fiscal General de los Estados Unidos; de un prólogo, firmado por la Sra. Vanita GUPTA, Fiscal General Asociada de los Estados Unidos; y de una introducción, a cargo de la Sra. Lisa MONACO, Vice-Fiscal General de los Estados Unidos. Tras estos preliminares, el informe se estructura en seis grandes apartados o capítulos, complementados por tres apéndices. En mi opinión, el capítulo medular es el segundo, titulado «Casos judiciales destacados de mayores [*Elder justice case highlights*]», donde se indica que «durante el período sujeción a informe, de 1 julio 2020 a 30 junio 2021, el Ministerio se comprometió en una amplia variedad de actividades relacionadas con la exigencia del cumplimiento de la ley, en 229 casos civiles y criminales, que apuntaban o afectaban desproporcionadamente a adultos mayores en 46 distritos judiciales federales».

En ese capítulo, los casos recopilados (todos ellos enjuiciados ya en firme por muy diversas cortes federales norteamericanas) se clasifican en cuatro grandes áreas temáticas, relativas las cuatro a ciber-delincuencia padecida por mayores y perseguida por los fiscales de los Estados Unidos. Las áreas temáticas en cuestión se rotulan «Casos de fraude [*Fraud cases*]», «Fraude perpetrado por personas jurídicamente relacionadas con el adulto mayor [*Fraud perpetrated by individuals with a legal relationship to the older adult*]», «Conducta disruptiva que facilita el fraude [*Disrupting conduct that facilitates the fraud*]» y «casos relativos a residencias de ancianos [*Nursing home cases*]». La primera de dichas áreas temáticas es, con gran diferencia, la que concentra el mayor número de casos, hasta el punto incluso de haber necesitado clasificarlos, a su vez, en doce subapartados, que son los siguientes: «Fraude a veteranos del ejército [*Veteran fraud*]», «Mulas de dinero [*Money mules*]», «Fraude de apoyo técnico [*Technical support fraud*]», «Fraude de romance [*Romance fraud*]», «fraude de telemarketing [*Telemarketing fraud*]», «Fraude de telemarketing dirigido a americanos hispano-hablantes [*Telemarketing fraud targeting Spanish-speaking Americans*]», «Fraude del abuelo [*Grandparent fraud*]», «Fraude de lotería y botes [*Lottery and sweepstakes fraud*]», «Fraude de correo masivo [*Mass-mailing fraud*]», «Fraude del impostor gubernamental [*Government imposter fraud*]», «Fraude de inversiones [*Investment fraud*]» y, por último, «Robo de identidad [*Identity theft*]».

El contenido de todo este cúmulo de apartados (y en su caso, subapartados) resulta realmente grato de leer, pues incluye fichas (redactadas con toda acribia) de casos judiciales ganados por los fiscales federales, indicando los enlaces donde los casos en cuestión pueden ser consultados. Por poner sólo un ejemplo, mencionaré que en el antes citado subapartado de «Fraude de romance» aparecen incluidos tres casos. El más reciente es *U.S. v. Moore*, respecto del que su ficha indica —en lo esencial— todo lo siguiente: 1) «en 2 marzo 2021, la Oficina del Fiscal de los Estados Unidos para el Distrito Occidental de Carolina del Norte anunció que Michael Moore fue arrestado por fraude en cable, a causa de su participación en una estafa de romance en línea [*an online romance scam*] dirigida a adultos mayores»; 2) «según la acusación, Moore y sus colaboradores obtuvieron alrededor de 1,5 millones de dólares y estafaron al menos a 30 personas»; 3) «la acusación alega que Moore y sus colaboradores se dirigían a sus víctimas a través de Facebook y otras plataformas de redes sociales, con falsas promesas de una relación

romántica [*with false promises of a romantic relationship*] ..., cuando en realidad dicha relación no existía [*when in reality no such relationship existed*]; y 5) «la acusación alega que Moore y sus colaboradores utilizaban diversas mentiras para obtener dinero de sus víctimas, incluidas la de que el dinero era necesario para obtener documentos de viaje o para liberar fondos retenidos por funcionarios de aduanas».

Iván Vizcaíno Ramos

REVISTA DE REVISTAS

[REVIEW OF REVIEWS]

- ***NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 229 (2020)***

Fabrizio FERRARO, «El “Estatuto” de los trabajadores autónomos en el ordenamiento jurídico italiano», págs. 173-218.

Resumen: «El autor analiza la Ley n.º 81/2017, cuyo capítulo I contiene reglas para proteger al trabajador por cuenta propia. Primero se lleva a cabo una revisión del contenido de las disposiciones, con especial referencia al requisito de notificación adecuada en caso de desistimiento del encargo del comitente, la prohibición de modificación unilateral de las condiciones del contrato, la protección contra retrasos en los pagos y la negativa ilegal de la parte contratante a estipular por escrito el contrato. A continuación, se centra el análisis en la disposición contra el llamado "abuso de dependencia económica" y en las técnicas de acción correctiva entre la nulidad y la compensación por daños. Se dedican breves reflexiones a las nuevas disposiciones para la protección de la remuneración (justa) y la abrogación de cláusulas abusivas en contra de los profesionales en situaciones de presunta desigualdad contractual. Otras observaciones se refieren al derecho a suspender la relación continua, el derecho de la madre trabajadora a ser sustituida, los derechos de uso económico de las invenciones y obras geniales y algunas ventajas fiscales y en el mercado atribuidas a los trabajadores por cuenta propia por las nuevas disposiciones. La lectura crítica del "estatuto" del autoempleo destaca sus fortalezas y límites. En conclusión, las nuevas disposiciones no parecen diferenciar adecuadamente las protecciones y, incluso por esta razón, no modulan correctamente la aplicación del principio contenida en el art. 35 de la Constitución italiana, siendo este intento de protección integrada entre el derecho civil y laboral claramente desequilibrado a favor del primero».

- ***REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 22 (2020)***

Davide CASALE, «La reforma del sistema de pensiones italiano de 2019: ¿un empeoramiento de la insostenible desigualdad del sistema de protección social?», págs. 185-204.

Resumen: «El presente artículo examina, en primer lugar, la disciplina jurídica que regula los requisitos por razón de edad y años cotizados necesarios para la jubilación en Italia. En particular analiza la principal novedad introducida con el Decreto Ley n.º 4/2019, es decir, la jubilación anticipada a “cuota 100” que requiere al menos 38 años de cotización y 62 años de edad, siempre que se obtengan como máximo en 2021. Se trata de una reducción de 5 años de edad respecto a los anteriores requisitos de jubilación. Esta intervención legislativa de 2019, asimismo, ha suspendido hasta 2026 la consideración jurídica de la esperanza de vida que aumentaba de forma automática los requisitos de jubilación (establecido con una importante normativa de 2010-2011). La opinión del autor es que estas recientes ventajas para la jubilación son un privilegio incoherente respecto a la evolución del sistema de pensiones italiano de las últimas décadas. En segundo lugar, el presente trabajo contextualiza el citado marco jurídico, mediante los principales datos económicos y demográficos que caracterizan el sistema de pensiones italiano. A la luz de dichos datos estadísticos, el autor opina que el sistema italiano sufre una serie de desequilibrios que ponen en peligro la viabilidad económica y social a medio-largo plazo. El desequilibrio más grave es el generacional, ya que pone en desventaja a los trabajadores más jóvenes».

- ***REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 23 (2020)***

Juan Carlos ÁLVAREZ CORTÉS, «La perspectiva internacional en la protección por desempleo de los trabajadores migrantes: el derecho coordinador de las legislaciones de Seguridad Social», págs. 193-222.

Resumen: «El objeto de este trabajo es examinar cómo el derecho internacional ha venido cubriendo la protección por desempleo de los trabajadores migrantes. Se analiza cómo se ha recogido la protección por desempleo de los trabajadores migrantes en las normas internacionales coordinadoras, examinando los escasos convenios bilaterales suscritos por España que recogen esta contingencia. También se describe la regulación de la protección por

desempleo de los trabajadores migrantes en la OIT y en el ámbito del Consejo de Europa. Finalmente, nos centramos en el marco de la Unión Europea analizando en profundidad su normativa para intentar aclarar la complejidad de la misma en los distintos casos que contempla».

- ***REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 24 (2020)***

Iván VIZCAÍNO RAMOS, «Las cajas de enfermedad, entidades gestoras del seguro legal de enfermedad común en Alemania. Un estudio comparado con el derecho español», págs. 155-190.

Resumen: «La gestión de la asistencia sanitaria en Alemania tiene un interés comparatista muy grande, desde el punto de vista del Derecho español de la Seguridad Social. De un lado, por causa del gigantismo financiero de este concreto seguro social contributivo alemán, que quintuplica en tamaño el presupuesto de la asistencia sanitaria española. De otro lado, porque las 109 entidades gestoras de este seguro social alemán (legalmente denominadas «cajas de enfermedad») presentan interesantes parecidos en su actuación de gestión instrumental no sólo con nuestras mutuas colaboradoras con la seguridad social, sino también con la Tesorería General de la Seguridad Social».

- ***REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 25 (2020)***

Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «La incapacidad permanente contributiva en el derecho norteamericano de la Seguridad Social. Elementos de contraste con el Derecho Español», págs. 169-192.

Resumen: «Los elementos de contraste entre la contingencia norteamericana de incapacidad permanente contributiva y su equivalente española se refieren a muy diversos aspectos. Entre ellos, el autor destaca en sus conclusiones tres. En primer lugar, frente a los cinco grados de la contingencia española y su impacto sobre la litigiosidad que soportan nuestros tribunales laborales, el hecho de que

en el Derecho norteamericano sólo exista un único grado, relativamente coincidente con la llamada en España incapacidad permanente total cualificada. En segundo lugar, frente a la brevedad (y tan frecuentemente, la inutilidad) de la reclamación administrativa previa española de seguridad social, el hecho de que en los Estados Unidos esa vía sea a la vez larga e inquisitoria, también en materia de incapacidad permanente contributiva, lo que contribuye a filtrar eficazmente los asuntos susceptibles de ser luego impugnados ante los tribunales. En tercer lugar, la revalorización automática de las pensiones norteamericanas de incapacidad permanente contributiva con arreglo al coste de la vida (al igual que sucede en los Estados Unidos, también con las pensiones de jubilación), un asunto muy controvertido, pero que también está muy necesitado de debate profundo y sereno en España».

- ***REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 55 (2020)***

Rocco Antonio RANGEL ROSSO NELSON, Walkyria de Oliveira ROCHA TEIXEIRA, João Pedro GOMES DA ROCHA, Fernando Luiz PALHANO XAVIER CABRAL, y Joao Victor DE MENEZES DOMINGOS, «Un análisis crítico de la ley y la práctica de la pasantía en Brasil», págs. 939-973.

Resumen: «La investigación en pantalla, haciendo uso de una metodología de análisis cualitativo, usando los métodos de abordaje hipotético-deductivos de carácter descriptivo y analítico, adoptando técnicas de investigación bibliográfica, tiene por finalidad hacer un análisis dogmático de la relación jurídica del estadio, prescrito en la Ley nº 11.788/08, y de forma específica verificar los requisitos de validez formal y material del contrato de prácticas, de manera que se pueda identificar prácticas fraudulentas con el fin de enmascarar una real relación laboral, disfrazándola en un contrato de beca».

- ***REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 56 (2020)***

Galo MASABANDA ANALUIZA, Melanie TALABERA JÁCOME, Bryan PROAÑO YANCHA, e Ivonne CÓRDOVA ANDALUZ, «Políticas públicas y la erradicación del trabajo infantil en menores de 5-14 años en las zonas urbanas y rurales de la provincia de Cotopaxi-Ecuador», págs. 649-664.

Resumen: «El presente artículo pretende dar una visión clara acerca del trabajo infantil en menores de 5 a 14 años, quienes son más propensos a realizar una actividad laboral.

La provincia de Cotopaxi en la república del Ecuador, es una de las provincias donde se evidencia el crecimiento, en el trabajo de menores, con este rango de edad. Es por ello por lo que la investigación pretende establecer la incidencia del proyecto de erradicación progresiva del trabajo infantil en la elaboración de políticas públicas locales de trabajo infantil en los cantones de Latacunga, Saquisilí y Pujilí a través de datos estadísticos y entrevistas durante el periodo 2014-2016. Para ello se desarrolló una investigación cualitativa y de campo, en entidades relacionadas con este tema, evidenciando la cantidad de menores que se encuentran laborando en este periodo, la política pública local manejada en estos años y el índice de trabajo infantil».

- ***REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 57 (2020)***

Khalid BOUKAICH, «Sistema de la Inspección de Trabajo en Marruecos y las normas de la OIT», págs. 742-777.

Resumen: «El presente trabajo trata la particular historia, la organización y el marco jurídico de la inspección del trabajo en las normas de la OIT y Marruecos. Si bien es cierto que la competencia y facultades de la inspección del trabajo varía en cada uno de los países, pese a ello existen múltiples similitudes, como la facultad sancionadora, el control, el asesoramiento, entre otros.

Asimismo, a pesar de la regulación existente en Marruecos, se señalan las dificultades que enfrenta, particularmente la falta de

efectivos para poder realizar de manera eficiente y eficaz sus funciones».

- ***REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 57 (2020)***

Juan Ángel CONFALONIERI, «El concepto de teletrabajo y el régimen de reversibilidad. Dos de los varios aspectos cuestionables de la Ley Argentina nº 27.555. Sucinta comparación con el régimen español», págs. 778-788.

Resumen: «La inexistencia de un cuerpo legal sobre el teletrabajo en Argentina, y las regulaciones dictadas a raíz de la COVID-19, fueron determinantes para que el gobierno decidiera elaborar un proyecto que, finalmente, terminó siendo ley el 31 de julio de 2020 (Nº 27.555, promulgada por el decreto 673/2020, B.O., 14 de agosto de 2020). Entrará en vigor una vez cumplidos 90 días desde la finalización del “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, impuesto por el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 297/2020. Una ley que si bien fue aprobada en la Cámara de Diputados por amplio margen (214 votos a favor, 29 abstenciones y 1 voto en contra), no sólo que no aconteció lo mismo en la Cámara de Senadores (40 votos a favor y 30 en contra), sino que ha merecido severas críticas del empresariado y de una parte de la doctrina científica».

- ***TEMAS LABORALES: REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL, NÚM. 152 (2020)***

Luciana GUAGLIANONE, «Industria 4.0 y modelo participativo: ¿diálogo social vs diálogo civil? Las repercusiones sobre el sistema de relaciones industriales italiano», págs. 97-113.

Resumen: «El presente estudio pretende examinar el modelo participativo propuesto por los organismos europeos (Comisión y el Comité) dentro del diálogo social. Así como evaluar si la apertura, incluso, a la sociedad civil como sujeto activo de la gobernanza, tal y como propone la Comisión (COM (2017) 479 final), implica una

ruptura del modelo tradicional que siempre ha diferenciado entre diálogo social y diálogo civil (2014/C 458/01). Y, en el caso de respuesta positiva, cuáles podrían ser sus consecuencias.

La última parte del trabajo estará dedicada a investigar si el renovado apoyo de la Unión Europea hacia modelos participativos dirigidos a una gestión unitaria de los procesos de cambio, determinados por la introducción de nuevas tecnologías, ha influido, en particular, en el modelo italiano de relaciones industriales, históricamente caracterizado por una débil intensidad participativa. El objetivo último es reflexionar sobre las consecuencias que conllevaría la pérdida del papel de las organizaciones sindicales como únicos sujetos colectivos en la gobernanza de las innovaciones tecnológicas».

- ***TEMAS LABORALES: REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL, NÚM. 153 (2020)***

Álvaro SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, «Contexto laboral en la República Popular China. Especial referencia a la influencia del Covid-19», págs. 211-236.

Resumen: «El mercado de trabajo supone un pilar maestro en el galopante crecimiento económico de China. Detrás de la segunda economía mundial, con más de 900 millones de personas de fuerza laboral y una sólida estabilidad económica que sigue su tendencia al alza, se encuentra una población trabajadora que tiene unas condiciones muy diferentes a las de sus competidores occidentales, lo que supone un punto competitivo muy beneficioso frente a ellos y un alto atractivo para inversores extranjeros. En el presente artículo será expuesta la situación del mercado de trabajo y los derechos laborales en China, el papel que juega el gobierno, las organizaciones empresariales y sindicales, así como las principales medidas tomadas a raíz de la crisis sanitaria del COVID-19 sobre el país considerado como “la fábrica del mundo”».

- ***TEMAS LABORALES: REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL, NÚM. 155 (2020)***

Marie Cécile ESCANDE-VARNIOL, «Relaciones laborales y derechos fundamentales en la era digital. Una visión desde el Derecho francés», págs. 145-160.

Resumen: «El surgimiento de nuevas formas de trabajo y de trabajar va acompañado de nuevas necesidades y demandas de protección. El artículo comenta las soluciones y reacción que el legislador, la doctrina y la jurisprudencia franceses adoptan en esta tarea, con referencia particularizada a temas tales como la protección de los datos personales frente al uso de inteligencia artificial en la empresa, los retos del teletrabajo y el derecho a la desconexión. La autora valora las consistencias y flaquezas del modelo francés, siempre desde la convicción de que la digitalización es un proceso imparable y fascinante en el que es necesario conciliar dos objetivos antagónicos: la protección de las personas físicas y las necesidades económicas de la sociedad. Es evidente que en esta tarea, los derechos fundamentales están llamados a desempeñar un papel decisivo».

• ***TEMAS LABORALES: REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL, NÚM. 155 (2020)***

Michael WYNN, «Relaciones laborales y derechos fundamentales en la era digital. Una visión desde el Derecho británico», págs. 161-176.

Resumen: «Esta contribución proporciona un contexto político y de antecedentes sobre la legislación y la política del Reino Unido en relación con los mercados laborales digitales. A diferencia de muchos de sus homólogos europeos, el Reino Unido tiene una agenda de flexibilidad prominente, y su sistema de protección de los trabajadores laborales se ha reducido en muchos casos al mínimo. La pertenencia del Reino Unido a la Unión Europea ha aportado cierta protección general en términos de derechos laborales en ciertas áreas; sin embargo, la política gubernamental ha promovido a menudo la derogación de las normas básicas, por ejemplo, en áreas como la protección de datos. El futuro, en lo que respecta a los derechos laborales en general y a los mercados laborales digitales en particular, sigue siendo sombrío e incierto. En el documento se destacan algunos de los problemas que surgen como resultado de la promoción de los

intereses empresariales a expensas de la protección de los trabajadores y de la incapacidad de legislar protecciones específicas necesarias en los mercados laborales digitales. El teletrabajo y el trabajo a distancia no han sido hasta ahora objeto de una regulación específica. La transición al entorno posterior al Brexit plantea enormes incertidumbres en cuanto a los derechos de los trabajadores vulnerables en un complejo entorno digital».

- **TEMAS LABORALES: REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL, NÚM. 155 (2020)**

Sonia FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, «Relaciones laborales y derechos fundamentales en la era digital. Una visión desde el Derecho italiano», págs. 177-190.

Resumen: «El presente trabajo recoge el resultado de mi intervención en la mesa redonda que conformó el programa del Congreso internacional titulado: Relaciones laborales y derechos fundamentales en la era digital. El objetivo era responder cuatro preguntas desde una perspectiva nacional, para así poder presentar un cuadro comparado entre los tres países que formaban la mesa: Italia, Francia e Inglaterra. Los interrogantes giraban en torno a temas de actualidad como la *privacy*, el uso de algoritmos y el trabajo a distancia. En concreto, Italia cuenta con una legislación relativa al trabajo a distancia desde el 2017, mientras que falta un derecho a la desconexión, a diferencia de cuanto sucede en Francia. Asimismo, el tema del algoritmo ha sido tratado por el Consejo de Estado en Italia y, por primera vez en Europa, el Tribunal de Bolonia ha reconocido la parcialidad del algoritmo usado por Deliveroo, siendo capaz de discriminar al reproducir al infinito la “lógica” de sus programadores, en particular, el juez considera que el algoritmo obstaculiza la participación de los trabajadores en acciones de lucha sindical».

- **TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 61 (2020)**

Francesca MALZANI, «El trabajo en la "gig economy" entre calificación jurídica y protección de la salud del caso de los "riders" en Italia», págs. 44-53.

Resumen: «El artículo reconstruye el contexto de referencia del trabajo a través de la plataforma, en relación con el asunto de los corredores/*riders*, destacando las brechas reglamentarias atribuibles, ante todo, a la ausencia de una calificación de subordinación de las relaciones existentes entre los trabajadores y la plataforma. En este escenario, la perspectiva del derecho laboral italiano propone la extensión de algunas protecciones —sobre todo en tema de riesgos laborales— que aprovechan una noción funcionalista de empleador, ya utilizada por el Tribunal de Justicia y por una parte de la doctrina laboralista».

- ***TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 66 (2020)***

Adrián TODOLÍ SIGNES, «El ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto de los Trabajadores ante las nuevas formas de trabajo: la nueva ley de California (AB5)», 11 págs.

Resumen: «Con objeto de poner freno a la proliferación de los falsos autónomos, tanto derivados de la economía de plataformas como de la economía tradicional, California recientemente aprobó una ley con un nuevo concepto de trabajador asalariado (la llamada AB5). Una norma que, a través de una presunción de laboralidad pretende adaptar el concepto de trabajador a la nueva realidad económica y organizativa de las empresas. Este concepto proviene del famoso ABC test que usa el Tribunal Supremo de California (y de muchos otros estados) para discernir entre un verdadero autónomo y un asalariado. En el presente artículo se analiza dicha normativa y se estudia la oportunidad de incorporar ese test en la legislación española».

- ***TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 67-68 (2020)***

Juan Miguel DÍAZ RODRÍGUEZ, «La dependencia económica como elemento vertebrador del Derecho del Trabajo. La necesaria modificación del artículo 1.1 ET, a la vista del ejemplo alemán», 18 págs.

Resumen: «A partir de la distinción entre trabajo por cuenta ajena y trabajo por cuenta propia, que debe ser revisada, el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo ha sido delimitado con arreglo a la noción de subordinación o dependencia, a pesar de la ambigüedad del artículo 1.1 ET, que acoge a todo trabajador que se encuentre «dentro del ámbito de organización y dirección» del empleador. En realidad, tanto los trabajadores subordinados como los trabajadores autónomos que prestan servicios de forma habitual para un empleador tienen dependencia económica, que es uno de los dos elementos que originaron el Derecho del Trabajo en el siglo XIX. Quién deba ser considerado trabajador asalariado es algo que debe replantearse en la actualidad. En todo caso, vista la nueva regulación alemana de la «dependencia personal», debería modificarse el artículo 1.1 de nuestro ET».

- ***TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 70 (2020)***

Karla VARAS MARCHANT, «Los límites del derecho de huelga en Chile derivados de la protección de esferas jurídicas de terceros», 18 págs.

Resumen: «La respuesta que brinda el ordenamiento jurídico laboral chileno a la problemática derivada del choque o colisión entre el derecho de huelga y los derechos fundamentales de terceros es bastante peculiar. Esta peculiaridad viene determinada porque nuestro legislador ha consagrado una trilogía de limitaciones al derecho de huelga cuando éste puede poner en peligro derechos fundamentales de terceros, que van desde la prohibición lisa y llana de su ejercicio, hasta la posibilidad de detener o poner fin a la misma por medio de la acción judicial de reanudación de faenas. Dicho lo anterior, el presente trabajo tiene por objeto determinar cuál es el modelo de regulación de la huelga en los servicios esenciales en el derecho chileno, a la luz de esta trilogía de limitaciones».

- ***TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 70 (2020)***

Adrián TODOLÍ SIGNES, «Auditoría externa obligatoria en materia de igualdad salarial: la ley de Islandia», 3 págs.

Sumario: «1. La regulación islandesa en materia de certificación de la igualdad salarial por razón de sexo. 2. Conclusiones».

- ***TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 71 (2020)***

G. ORLANDINI, «Tomando los derechos en serio: la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre la regulación italiana del despido (CGIL contra Italia)», 7 págs.

Sumario: «1. Introducción. 2. La legislación italiana censurada por el CEDS. 3. La protección contra el despido ilegítimo como derecho fundamental o la subversión de la lógica de la austeridad. 4. El contenido de la protección de la tutela indemnizatoria y la preferencia por la tutela reintegratoria. 5. La ineficacia de la decisión del CEDS en el plano del ordenamiento de la Unión Europea. 6. Los posibles efectos de la decisión del CEDS en el ordenamiento italiano».

