

ACDCT

Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo

Volumen X
Año 2018



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 X
Año 2018



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 DER2016-75741-P, otorgado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

ISSN: 1889-4224

Depósito Legal:

Imprime: Diputación Provincial de A Coruña, Alférez Provisional nº 2, 15006 A Coruña

SAÚDA

A Deputación Provincial de A Coruña, institución secular creada en 1836 —que tanto me honra presidir—, ó abeiro das súas competencias recoñecidas pola Constitución española, polo Estatuto de Autonomía de Galicia e pola lexislación española e galega de réxime local, en materia de fomento dos intereses peculiares da provincia (e máis especialmente, sobre temas de educación e cultura), comprácese en publicar outra vez un novo volume do Anuario do Instituto de Investigación da Asociación Coruñesa de Dereito Comparado do Traballo e da Seguridade Social, coa esperanza de que todas as aportacións científicas contidas no mesmo, e relativas a España, Alemaña, Austria, Italia, Lituania, Portugal e á República Eslovaca, contribúan a botar luz sobre a solución dos graves problemas de emprego que padecemos actualmente en España.

Valentín González Formoso
Presidente da Deputación Provincial de A Coruña

SALUTATION

The Provincial Council of A Coruña, a centenary institution created in 1836 —I am so honored to preside—, under its jurisdiction recognized by the Spanish Constitution, by the Autonomy Statute of Galicia, and by the Spanish and Galician legislation on local regime, about promotion of the peculiar interests of the province (and specially, on matters of education and culture), is very pleased in publishing again a new volume of the Yearbook of the Research Institute of the Corunnean Association of Comparative Labor and Social Security Law, hoping that the whole scientific papers contained in it, and relating to Spain, Germany, Austria, Italy, Lithuania, Portugal, and Slovak Republic, make a contribution to shed light on the solution of the serious unemployment problems we are nowadays suffering in Spain.

Valentín González Formoso
President of the Provincial Council of A Coruña

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.

Prof. Dr. Efrén Borrajo Dacruz

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

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

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 de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y Magistrado emérito de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

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 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. Javier Gárate Castro*, Catedrático 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. Dr. h.c. António Monteiro Fernandes*, Catedrático de Derecho del Trabajo del Instituto Superior de Ciencias del Trabajo y de la Empresa (ISCTE)-Instituto Universitario 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

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.

3º.- 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 [<i>CONTRIBUTORS INDEX</i>]	13
---	----

I. ESTUDIOS [*RESEARCHES*]

- INMIGRACIÓN Y DISCRIMINACIÓN EN EL MERCADO DEL TRABAJO ITALIANO: PERFILES Y CRÍTICA [*IMMIGRATION AND DISCRIMINATION IN THE ITALIAN LABOUR MARKET: OUTLINES AND CRITICISM*] **Maria Teresa Ambrosio** 17
- LA PROTECCIÓN LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES EN ALEMANIA [*EMPLOYMENT AND SOCIAL SECURITY PROTECTION OF IRREGULAR IMMIGRANTS IN GERMANY*] **Holger Brecht-Heitzmann** 45
- EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA ERA DE LA DIGITALIZACIÓN [*RIGHT TO PRIVACY IN THE ERA OF DIGITALIZATION*] **Viktor Križan** 61
- EL ISLAM COMO FORMA DE DERECHO INTERNACIONALIZANTE [*ISLAM AS A FORM OF INTERNATIONALIZATION LAW*] **Jaime Lluís y Navas** 77
- EL EMPLEO LEGAL E ILEGAL DE REFUGIADOS EN AUSTRIA [*LAWFUL AND UNLAWFUL EMPLOYMENT OF REFUGEES IN AUSTRIA*] **Günther Löschnigg y Nora Melzer-Azodanloo** 105
- TURISMO COLABORATIVO Y DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL [*COLLABORATIVE TOURISM AND LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW*] **Yosua Martínez Rodríguez** 121
- LA PROTECCIÓN LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES EN ITALIA [*EMPLOYMENT AND SOCIAL SECURITY PROTECTION OF IRREGULAR IMMIGRANTS IN ITALY*] **Giulia Merlo** 129

- EL RÉGIMEN PROCESAL DE LA PROTECCIÓN POR ACCIDENTES DE TRABAJO EN PORTUGAL [*THE PROCEDURAL LEGAL REGIME OF THE PROTECTION OF ACCIDENTS AT WORK IN PORTUGAL*] **Mário Silveiro de Barros**..... 159

- LA REFORMA DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LITUANIA: NUEVOS TIPOS DE CONTRATO DE TRABAJO [*LABOUR LAW REFORM IN LITHUANIA: NEW TYPES OF EMPLOYMENT CONTRACT*] **Evelina Žurauskaitė**..... 173

II.A. RECENSIONES DE LIBROS [*BOOK REVIEW*]

- O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale. Studio preliminare a partire da un'analisi comparata*, FrancoAngeli (Milán, 2018), 172 págs. **Alberto Arufe Varela**..... 203

- F. CAVAS MARTÍNEZ, *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Laborum (Murcia, 2018), 204 págs. **Jesús Martínez Girón**..... 205

- N. ALIPRANTIS, *Les héritages cruciaux du XXe siècle aux sociétés d'aujourd'hui*, Harmattan (París, 2017), 298 págs. **A. Monteiro Fernandes**..... 207

- E. EICHENHOFER, *Sozialrecht*, 10^a ed., Mohr Siebeck (Tubinga, 2017), 344 págs. **Iván Vizcaíno Ramos**..... 211

II.B. REVISTA DE REVISTAS [*REVIEW OF REVIEWS*]*

- *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194 (2017), núm. 196 (2017), núm. 199 (2017) y núm. 203 (2017)..... 215

- *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 10 (2017), núm. 11 (2017), núm. 12 (2017) y núm. 13 (2017)..... 216

- *Revista de Derecho Social*, núm. 80 (2017)..... 218

* A cargo de **Iván Vizcaíno Ramos**.

- *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 45 (2017), núm. 46 (2017) y núm. 47 (2017)..... 219
- *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 136 (2017), núm. 137 (2017) y núm. 139 (2017)..... 222
- *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 26 (2017), núm. 27 (2017), núm. 28 (2017), núm. 29 (2017), núm. 30 (2017), núm. 33 (2017), núm. 35 (2017) y núm. 36 (2017) 225

III. ACTIVIDADES DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN DE LA ASOCIACIÓN CORUÑESA DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL [ACTIVITIES OF THE RESEARCH INSTITUTE OF THE CORUNNEAN ASSOCIATION OF COMPARATIVE LABOR AND SOCIAL SECURITY LAW]

- CRÓNICA DEL «XII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO, SOBRE “LA PROTECCIÓN DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES EN EUROPA Y EN LOS ESTADOS UNIDOS”» [CHRONICLE OF THE «XIITH INTERNATIONAL CONGRESS ON COMPARATIVE LABOR LAW, ABOUT “THE PROTECTION OF THE IRREGULAR IMMIGRANTS IN EUROPE AND IN THE UNITED STATES”»]..... 233
- COEDICIÓN DE LIBROS [COEDITION OF BOOKS] 237
- PARTICIPACIÓN EN CONGRESOS INTERNACIONALES DE MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN [PARTICIPATION IN INTERNATIONAL CONGRESSES BY THE MEMBERS OF THE ASSOCIATION]..... 239

ÍNDICE DE AUTORES

[*CONTRIBUTORS INDEX*]

Maria Teresa Ambrosio

Investigadora del Área de Derecho del Trabajo en la Universidad del Molise (Italia)

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)

Profesor Doctor Viktor Križan

Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad de Trnava (República Eslovaca)

Profesor Doctor Günther Löschnigg

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad Karl-Franzens de Graz (Austria)

Doctor Jaime Luis y Navas

Académico correspondiente de la Academia Nacional Argentina de Derecho y Ciencias Sociales

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

Yosua Martínez Rodríguez

Investigador del Área de Derecho Mercantil de la Universidad de A Coruña

Profesora Doctora Nora Melzer-Azodanloo

Profesora Asociada de Derecho del Trabajo de la Universidad Karl-Franzens de Graz (Austria)

Giulia Merlo

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

Profesor Doctor *h.c.* António Monteiro Fernandes

Catedrático de Derecho del Trabajo del ISCTE-Instituto Universitario de Lisboa

Doctor Mário Silveiro de Barros

Doctor Internacional en Derecho y Abogado ejerciente en Lisboa

Profesor Doctor Iván Vizcaíno Ramos

Profesor de Derecho Sindical de la Escuela de Relaciones Laborales de A Coruña, centro adscrito de la Universidad de A Coruña

Profesora Doctora Evelina Žurauskaitė

Profesora de Derecho del Trabajo de la Universidad Vytautas Magnus (Lituania)

ESTUDIOS
[RESEARCHES]

INMIGRACIÓN Y DISCRIMINACIÓN EN EL MERCADO DEL TRABAJO ITALIANO: PERFILES Y CRÍTICA*

[*IMMIGRATION AND DISCRIMINATION IN THE ITALIAN LABOUR MARKET: OUTLINES AND CRITICISM*]

Maria Teresa Ambrosio

Fecha de recepción: 20 abril 2018
Fecha de aceptación: 11 mayo 2018

Sumario: I. EL FENÓMENO DE LA INMIGRACIÓN EN ITALIA, ENTRE PROPUESTAS Y DATOS CONCRETOS.- II. EL PAPEL DE LOS INMIGRANTES EN EL MERCADO DE TRABAJO ITALIANO.- III. IRREGULARES Y ECONOMÍA SUMERGIDA: EL TRABAJO DE LOS «INVISIBLES».- IV. *SIGUE*: CUANDO EL TRABAJO SE CONVIERTE EN EXPLOTACIÓN. EL SISTEMA ILÍCITO DEL «CAPORALATO».- V. INMIGRACIÓN Y DISCRIMINACIÓN CON TRASFONDO ÉTNICO Y RACIAL. LAS CONSECUENCIAS (TAMBIÉN ECONÓMICAS) DE LA INTOLERANCIA.- VI. LA DIFÍCIL EMERSIÓN DE LAS DISCRIMINACIONES EN EL TRABAJO.- VII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

Contents: I. THE PHENOMENON OF THE IMMIGRATION IN ITALY, BETWEEN PROPOSALS AND REAL FACTS.- II. THE ROLE OF THE IMMIGRANTS IN THE ITALIAN LABOUR MARKET.- III.- ILLEGAL AND UNOFFICIAL ECONOMY: THE WORK OF THE «INVISIBLE».- IV.- STILL MORE: WHEN WORK BECOMES EXPLOITATION. THE UNLAWFUL SYSTEM OF «CAPORALATO».- V. IMMIGRATION AND DISCRIMINATION WITH AN ETHNIC AND RACIAL BACKGROUND. THE (EVEN ECONOMIC) CONSEQUENCES OF THE INTOLERANCE.- VI. THE HARD SURFACING OF THE DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT.- VII. CONCLUSIVE ASSESMENTS.

Resumen: Este trabajo analiza el fenómeno de la inmigración en Italia y su impacto en el empleo, a partir de datos reales. Pone el acento en el papel de los inmigrantes en el mercado de trabajo italiano, así como en los principales elementos configuradores de las discriminaciones que los inmigrantes pueden

* Traducción al castellano, desde el italiano original («*Immigrazione e discriminazione nel mercato del lavoro italiano: profili e criticità*»), de Alberto Arufe Varela.

padecer. Concluye afirmando que la inmigración no debe analizarse sólo en términos de costes, y que aún queda mucho por hacer en la lucha contra la discriminación.

Abstract: This work analyses the phenomenon of the immigration in Italy, and its impact in the employment, using real facts. It highlights the role of the immigrants in the Italian labour market, as well as in the main characters shaping the discriminations the immigrants can suffered. It concludes that immigration must be studied not only from the point of view of the costs, and stating that it is still a long way to go in the fighting against discrimination.

Palabras clave: Discriminación en el empleo, Explotación, Inmigración, Italia, Mercado de trabajo

Keywords: *Employment discrimination, Exploitation, Immigration, Italy, Labour market*

* * *

I. EL FENÓMENO DE LA INMIGRACIÓN EN ITALIA, ENTRE PROPUESTAS Y DATOS CONCRETOS

En los últimos tiempos, el debate político, público y mediático sobre la inmigración está marcado por posiciones contrapuestas que ven, de un lado, la plena disponibilidad al acogimiento en nombre de la solidaridad y, del otro, un convencido bloqueo dictado por la preservación de la cultura identitaria. Ambas posiciones, en realidad, se arriesgan a simplificar un fenómeno complejo cuya crítica y cuyas problemáticas se prestarían a una aproximación más lúcida y racional.

La idea de una clausura total que promete una sociedad homogénea parece ilusoria, ciertamente, también sólo desde un punto de vista histórico: como se ha escrito recientemente, «ya no volverá una sociedad homogénea, por el simple motivo de que nunca ha existido»¹.

Una clausura drástica tendría, además, efectos graves sobre el bienestar económico del país y de la población² y, con toda probabilidad, incrementaría las llegadas de clandestinos dispuestos a «refugiarse» en el trabajo irregular³ o en las redes de la criminalidad organizada.

Es también opinable la tesis contrapuesta de la apertura de fronteras en nombre de la acogida solidaria, que no podría encontrar aplicación sin el sacrificio de la política redistributiva y del *welfare state* (solución difícilmente realizable, en un clima tenso como el de hoy en día)⁴, y en ausencia de medidas adecuadas, dadas para garantizar la convivencia y la inclusión social de los inmigrantes.

¹ Así, G. SCIORTINO, *Rebus immigrazione*, Il Mulino, 2017, p. 150.

² Sobre el tema, véase L. CORAZZA, *Immigrazione e welfare oltre il velo del pregiudizio*, in *Fenomeni migratori e sistema di accoglienza. Asilo, minori, welfare*, L. CORAZZA, M. DELLA MORTE, S. GIOVA (Editores), Edizioni scientifiche italiane (Nápoles, 2018), p. 265 ss.; S. SOLARI, *Come gli immigrati salvano l'economia e le pensioni italiane*, en openmigration.org (<http://openmigration.org/idee/fatto-come-gli-immigrati-salvano-leconomia-e-le-pensioni-italiane/>); R. TESTA, *L'impatto dei migranti sull'economia: più costi o benefici?*, en *L'Indro, l'approfondimento quotidiano indipendente* (<http://www.lindro.it/limpatto-dei-migranti-sulleconomia-piu-costi-benefici/>), 20 septiembre 2017.

³ C. DE MARTINO, M. LOZITO, D. SCHIUMA, *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, en *Lavoro e diritto*, núm 2 (2016), p. 315.

⁴ G. SCIORTINO, *Rebus immigrazione*, cit., pp. 150 ss. La idea común de un nexo directo entre pobreza e inmigración se traduce en el temor de que los inmigrantes sacudan el *welfare* del país, y se beneficien de ello también en mayor medida respecto de la población local. Tal opinión no encuentra, sin embargo, confirmación en los datos recientes, los cuales demuestran que los inmigrantes, como media más jóvenes que la población local, dejan en las arcas del Estado más de lo que reciben, y que la idea misma de una estrecha correlación entre pobreza e inmigración no se encuentra siempre fundada. A tal efecto, véase FONDAZIONE LEONE MORESSA, A. STUPPINI, *L'impatto economico e fiscale dell'immigrazione*, en *Dossier Statistico Immigrazione 2017*, a cargo de Centro

Un camino a recorrer parecería ser aquél que rechaza tanto los cierres irracionales —olvidándose de la pertenencia del país a un sistema europeo de valores, también sociales—, como las aperturas incontroladas, que con el tiempo se convierten en insostenibles, sobre todo cuando en el lugar de destino faltan programas, instrumentos y medidas en grado de conducir a los migrantes a la estabilidad, a la autosuficiencia y al sostenimiento autónomo.

En este contexto se cierne también la opinión, compartida por muchos, de «prestar ayuda en casa ajena»: en ausencia de ideas concretas, se tiende a ofrecer una solución al problema de los desembarcos masivos, sin pensar que una tesis aparentemente «beneficiosa» presenta elementos críticos que la convierten de hecho en impracticable. Orientar los fondos en tal dirección significaría, en efecto, no sólo aumentar los recursos financieros de modo relevante, sino también exponerlos al riesgo de una distorsión en el uso respecto a las finalidades previstas, y además, ocultar la obligación de protección internacional de los solicitantes de asilo, y respetar menos los derechos humanos por parte de los países beneficiarios de los fondos, los cuales acabarían, finalmente, por desincentivar las migraciones. Asignar recursos financieros al país desde los que se mueven los flujos migratorios difícilmente representaría un obstáculo para las personas que quieren emigrar, y que pretenden conseguir los recursos económicos necesarios para el sostenimiento de los familiares que se quedan *in loco* (las llamadas remesas).

Son incluso las remesas las que, *in primis*, incentivan la salida y la permanencia de las personas en lugares distintos de los de origen: llegan directamente a los familiares sin ninguna intermediación de los instrumentos públicos o privados, y consienten una mejora de las condiciones generales de vida, habitacionales y de los niveles de formación las personas que se quedan en la patria⁵.

Considerando los datos sobre la presencia extranjera en Italia (uno de los principales puntos de llegada a Europa de los flujos de migrantes y solicitantes de asilo), debe tenerse en cuenta que las informaciones en constante puesta al día, y los datos fiables, resultan fundamentales tanto para un análisis correcto del fenómeno, como para comprender las dimensiones reales del problema.

Studi e Ricerche IDOS, 2017, pp. 308-316; M. AMBROSINI, *Migrazioni*, Milano, Egea, 2017, pp. 37-51.

⁵ Véase M. AMBROSINI, *Perché “aiutiamoli a casa loro” è uno slogan semplicistico*, en [lavoce.info](http://www.lavoce.info) (<http://www.lavoce.info/archives/47909/perche-aiutiamoli-casa-uno-slogan-semplicistico/>); M. AMBROSINI, «*Aiutarli a casa loro*»? *L'impegno per profughi e migranti nel Kurdistan iracheno*, en aggiornamentisociali.it, pp. 405-406, mayo 2017; SENATO DELLA REPUBBLICA, CAMERA DEI DEPUTATI, *Partecipazione alla LXXII Assemblea generale delle Nazioni Unite (New York, 18-22 settembre 2017)*, en <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01044921.pdf>, pp. 13 y 14.

A 31 diciembre 2016, el número de ciudadanos extranjeros residentes es de 5.047.028 (que representan el 8,3% del conjunto de la población) de los que 3.509.805 son extra-UE y 1.537.223 ciudadanos de los países de la Unión⁶. La estimación sobre la presencia extranjera regular en Italia es aproximadamente de 5.359.000 personas, teniendo en cuenta las nuevas llegadas, todavía a la espera de ser registrados como residentes⁷.

Según los datos suministrados por el Ministerio del Interior, entre el 1 enero y el 30 junio 2017, se han registrado 83.360 llegadas a las costas italianas que, confrontadas con los datos del primer semestre de 2016, suponen un aumento del 18,7%⁸.

Los datos sobre extranjeros residentes confirman que, además de los migrantes que llegan a Italia por un tiempo determinado, abandonando luego el país, son numerosos los migrantes que se asientan establemente aquí. Para probarlo, están también el aumento de titulares de un permiso de estancia UE de larga duración (aproximadamente el 63,0% de alrededor de 2.344.000 individuos, de entre todos los ciudadanos extra-UE) y las reagrupaciones familiares (aproximadamente 50.000 visados)⁹.

Las causas que empujan a millones de personas a dejar el país de origen, y a llegar por tierra o por mar a otros territorios, se deben principalmente a las guerras, persecuciones étnicas y odio racial, terrorismo, crisis humanitarias, epidemias y carestías, pobreza (las llamadas «migraciones forzadas»), así como la esperanza de encontrar condiciones de trabajo y de vida mejores (la llamada «migración económica»).

Los inmigrantes que llegan a un país distinto del suyo de origen ocupan generalmente una posición sociolaboral que puede definirse como frágil y

⁶ Según los datos Istat, los extranjeros residentes en Italia son, en el 50% de los casos (más de 2,6 millones de personas), ciudadanos de un país europeo, de los que poco más del 30% (1,5 millones) son de un país de la Unión. Entre los ciudadanos europeos, 1,1 millones de personas proceden de los Estados de la Europea centro-oriental no pertenecientes a la UE. Los Estados africanos son representados por ciudadanos de la África septentrional en un 12,9%, y occidental en un 6,6%, mientras que el 20,2% corresponde a ciudadanos de países asiáticos. Del continente americano, hay 370 mil (7,3%) residentes en Italia, casi todos ciudadanos de la América centro-meridional (7,0%), véase ISTAT, *Bilancio nazionale demografico, Anno 2016*, en https://www.istat.it/it/files/2017/06/bilanciodemografico-2016_13giugno2017.pdf?title=Bilancio+demografico+nazionale+-+13%2Fgiu%2F2017+-+Testo+integrale.pdf.

⁷ IDOS, *L'immigrazione in Italia nel 2016. I dati salienti*, en *Dossier Statistico Immigrazione 2017*, a cargo de Centro Studi e Ricerche IDOS, 2017, p. 9.

⁸ SENATO DELLA REPUBBLICA, CAMERA DEI DEPUTATI, *Partecipazione alla LXXII Assemblée generale delle Nazioni Unite (New York, 18-22 settembre 2017)*, cit., p. 17.

⁹ IDOS, *L'immigrazione in Italia nel 2016. I dati salienti*, cit., p. 10.

precaria¹⁰. En un lugar del que no se conoce la lengua, la cultura, las costumbres y sobre todo las leyes, la probabilidad de exponerse a una serie de riesgos e imprevistos es bastante alta, como sucede en el mercado de trabajo donde la mano de obra inmigrada es víctima ahora de la explotación laboral de los «traficantes» y de los empresarios, o se limita a desarrollar formas de trabajo irregular (véase *infra*, apartados III y IV).

Asimismo, no son raros los episodios de discriminación: la pertenencia a un grupo étnico, las connotaciones físicas (comúnmente referidas con el término «raza») y una concreta nacionalidad representan factores de riesgo que pueden dar origen a discriminaciones prohibidas (véase *infra*, apartados V y VI) en múltiples y fundamentales esferas de la vida, como el acceso a la ocupación, al trabajo y a la formación profesional, acceso a bienes y servicios, como los de vivienda, o incluso, el acceso a prestaciones sociales, de educación, asistencia sanitaria, seguridad social¹¹.

Entre los inmigrantes presentes en Italia, además de los sujetos en posición de regularidad, continúan llegando migrantes clandestinos e irregulares: los hay que cruzan las fronteras nacionales sin tener visado regular de ingreso o permiso de estancia, quien intenta entrar en el territorio del Estado sin tener derecho al asilo o a otra forma de protección, y quien, a pesar de haber entrado antes regularmente en Italia, ya no cumple los requisitos necesarios para permanecer (por ejemplo, con permiso de estancia caducado y no renovado, los llamados *overstayers*).

Además, en el transcurso de 2016, los migrantes interceptados por causa de su presencia en el territorio nacional con violación del artículo 5 del Convenio

¹⁰ La mayor vulnerabilidad de los inmigrantes deriva también de la precariedad del trabajo desempeñado, y del hecho de que algunos de los principales sectores en que prestan sus servicios son también los más expuestos a la crisis (piénsese en la construcción). En 2016, los trabajadores dependientes extra-UE por tiempo indefinido son 909.912, igual al 7,8% de los 11.591.463 trabajadores en conjunto, mientras que los trabajadores extra-UE contratados por tiempo determinado tienen una incidencia del 10,2% sobre el total (275.841 personas). Véase MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Settimo rapporto annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, en *lavoro.gov.it*, 2017, p. 81. Con referencia a las mujeres extranjeras ocupadas, emerge incluso una condición más desventajosa: la forma contractual normalmente adoptada es la del *part-time* involuntario y por tiempo indefinido (32,5% de las mujeres, frente al 10,1% de los hombres), de lo que derivan condiciones económicas retributivas menos favorables. A tal efecto, véase CARITAS E MIGRANTES, *XXVI Rapporto Immigrazione 2016. Nuove generazioni a confronto*, 2016, p. 15. Una situación de particular vulnerabilidad la viven los trabajadores estacionales procedentes de terceros países; sobre el tema, véase V. PAPA, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, en *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2017, 2, p. 363 ss.

¹¹ Se trata de algunos de los sectores enunciados por el artículo 3, letras a), c), f), e) de la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 junio 2000, «relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico». La Directiva se transpuso en Italia por el Decreto Legislativo de 9 julio 2003, núm. 215.

de Schengen sobre ingreso, estancia o residencia (a no confundir con los refugiados y con los solicitantes de asilo) han sido 41.473, sin contar aquellos que han logrado eludir los controles y que residen ilegalmente en el país¹². De hecho, los irregulares resultan ser los más elusivos, también en términos estadísticos: dada la naturaleza del fenómeno no es fácil estimar el número de los irregulares y de los clandestinos que circulan en el país, y en consecuencia, habría que invertir más en el frente de las informaciones, encuestas y análisis dados, para adquirir elementos útiles y elaborar opciones equilibradas aptas para contrastar también el fenómeno de la irregularidad¹³.

II. EL PAPEL DE LOS INMIGRANTES EN EL MERCADO DE TRABAJO ITALIANO

La población inmigrante en edad laboral (15-64 años), según los microdatos Istat-Rcfl elaborados en el período 1 enero-30 junio 2016, es superior a 4 millones, de los que el 42,8% están ocupados y el 51,8 están inactivos. En valor absoluto, sobre un número de ocupados extranjeros igual a 2.409.052 (que constituye el 10,5% del total), 1.622.873 son ciudadanos extra-UE y 786.179 ciudadanos UE. El valor de los inactivos extranjeros, en el mismo período de referencia, es superior a un millón, mientras ascienden a cerca de 500 mil los extranjeros en busca de trabajo¹⁴. Entre los extranjeros extra-UE principalmente activos en el mercado se encuentran: filipinos (80,6%), chinos (72,5%), peruanos (65,4%), moldavos (64,5%), ecuatorianos (64,2%) y ucranianos (63,8%), mientras que son altas las tasas de paro para tunecinos (24,9%), marroquíes (21,2%), albaneses (20,4%) y ghaneses (19,0%)¹⁵.

El mercado de trabajo italiano presenta segmentaciones que dan vida a un mercado paralelo, o secundario, en el que se posiciona la mano de obra extranjera.

La primera segmentación es de tipo territorial: la mayor concentración de ocupados extranjeros se encuentra en las regiones del norte de Italia, en particular

¹² F. PALETTI, F. RUSSO, *Il contrasto all'immigrazione irregolare*, en *Dossier statistico Immigrazione 2017*, Centro Studi e Ricerche IDOS, 2017, p. 154.

¹³ M. GIACONI, *Le politiche europee di contrasto al lavoro sommerso. Tra (molto) soft law e (poco) hard law*, en *Lavoro e diritto* (ISSN 1120-947X), 3/2016, Il Mulino – Rivisteweb, p. 448; SENATO DELLA REPUBBLICA, CAMERA DEI DEPUTATI, *Partecipazione alla LXXII Assemblea generale delle Nazioni Unite (New York, 18-22 settembre 2017)*, cit., p. 17.

¹⁴ Cfr. CARITAS E MIGRANTES, *XXVI Rapporto Immigrazione 2016. Nuove generazioni a confronto*, cit., p. 13; F. PINTALDI, M.E. PONTECORVO, S. MONTECOLLE, *Occupati e disoccupati stranieri nella Rilevazione sulle Forze di Lavoro Istat*, en *Dossier statistico Immigrazione 2017*, Centro Studi e Ricerche IDOS, 2017, pp. 256 y 257.

¹⁵ MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Settimo rapporto annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, cit., p. 35.

en el noroeste, donde, en valor absoluto, son cerca de 811.923 los ocupados, y en el nordeste, 616.073.

En las regiones del noroeste son poco más de 200 mil los trabajadores extranjeros con ciudadanía UE, y poco menos de 600 mil los extra-UE, mientras que en las regiones del nordeste son cerca de 200 mil los primeros, y 400 mil los segundos¹⁶. La mayor presencia de ocupados provenientes de los países de la UE se advierte en las regiones del centro de Italia, donde la concentración es superior al 30%. En el sur, en cambio, se registra una reducida presencia de trabajadores extranjeros: sólo el 16,3% de los trabajadores UE, y el 14,2% de los extra-UE, está ocupado en una región meridional¹⁷.

Los datos aportados evidencian una neta diferencia en la distribución de la ocupación extranjera entre norte y sur. En las áreas del centro norte, aunque la crisis económica de los últimos diez años había determinado una fuerte reducción de los saldos migratorios, no ha anulado ni la ocupación extranjera ya existente ni la asunción de nuevos extranjeros (algunos sectores, como los de los servicios privados a la persona, en efecto, no han sido golpeados por la crisis, a diferencia, por ejemplo, del sector de la construcción y manufacturero)¹⁸. En las regiones del sur, en cambio, el desarrollo económico ha sido más lento, la desocupación alta y las tasas de ocupación, evidentemente bajas.

Las oportunidades de trabajo existentes, en números diversos, en las regiones del norte y del sur de Italia, han influenciado también la elección de los extranjeros de residir en las diversas zonas del país. De los datos relativos al año 2015, el 11% de los extranjeros se ha inscrito en los registros civiles de las regiones del centro norte, y sólo el 4% en los del sur¹⁹.

Además de la territorial, también una segmentación de tipo generacional y una de tipo sectorial caracterizan el mercado de trabajo.

¹⁶ CARITAS E MIGRANTES, *XXVI Rapporto Immigrazione 2016. Nuove generazioni a confronto*, cit., p. 14.

¹⁷ En lo que concierne, en cambio, a la tendencia de la desocupación, ésta sigue las proporciones registradas para los ocupados, con una mayor concentración de extranjeros en busca de trabajo en las regiones del noroeste y del nordeste, donde representan cerca de un tercio de la desocupación total. Los datos son suministrados por el MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Settimo rapporto annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, cit., pp. 37 e 38.

¹⁸ Sobre el efecto de la crisis económica sobre las condiciones de ocupación de los inmigrantes en Italia, véase M. AMBROSINI y N. PANICHELLA, *Immigrazione, occupazione e crisi economica in Italia*, en *Quaderni di Sociologia*, 2016, vol. LX, p. 115 ss; W. CHIAROMONTE, *Gli effetti della crisi economica sui lavoratori stranieri: aumentano disparità di trattamento ed esclusione sociale*, en *L'altro diritto* (<http://www.altrodiritto.unifi.it/adirmigranti/percorso/chiaromonte.htm>), 2014.

¹⁹ G. DALLA ZUANNA, *Immigrazione e mercato del lavoro in Italia*, en *Il Mulino* (ISSN 0027-3120), 2/marzo-aprile 2016, il Mulino – Rivisteweb, p. 252.

En cuanto a la generacional, si se distribuyen las personas por nacionalidad y clase de edad, el porcentaje de extranjeros que se sitúa en las clases más jóvenes es mayor respecto a la de los italianos de la misma edad: el 18,5% de los extranjeros tiene una edad hasta los 14 años, el 32,3% entre los 15 y los 34 años, el 22,9% entre los 35 y los 44 años, el 23% tiene una edad comprendida entre los 45 y los 64 años, y sólo el 3% tiene más de 65 años. Los nativos, en cambio, se sitúan en la clase 45-64 años, con un porcentaje del 29,3% y del 23,7% para la clase *over 65*. La edad media de los extranjeros, por lo tanto, es igual a 33 años, mientras que la de los italianos es de 44²⁰.

Los jóvenes que se asoman al mercado de trabajo italiano son numéricamente inferiores respecto a los que se aprestan a salir de él, y también el grado de formación adquirido por los primeros es sin duda superior: si en 1950 sólo 220 mil estudiantes habían adquirido el grado superior, son 454 mil, entre los nacidos en 1995, los que lo han conseguido.

De estos indicios de desequilibrio se deriva que, por cada cinco trabajadores con poca formación próximos a la jubilación, sólo un joven con poca formación se asoma al mercado de trabajo, mientras que por cada nuevo jubilado con formación, hay dos jóvenes graduados que deben concurrir por cubrir un solo puesto vacante. No hay por qué asombrarse, por lo tanto, si millares de extranjeros han cogido el puesto de los italianos recién jubilados en el seno de las fábricas, de las obras de construcción, o desarrollan trabajos poco cualificados para los que el mercado sigue pidiendo mano de obra²¹.

En relación con la tercera segmentación de tipo sectorial, el mercado de trabajo ve el 16,6% de los ocupados extranjeros colocados en la agricultura, el 17,1% en la construcción, el 17,5% en hoteles y restaurantes, y el 73,5% en el servicio doméstico, donde casi la mitad de las mujeres extranjeras (el 45,4%) está empleada en el cuidado y asistencia de las familias. En otros sectores, en cambio, la incidencia de los extranjeros sobre el total es incluso inferior al 2%: es el caso de la Administración pública, crédito y seguros, enseñanza, servicios de información y comunicación. Tales dinámicas influyen también el componente salarial: la retribución media declarada de los extranjeros resulta inferior, respecto a la de los italianos, en al menos el 30%.

²⁰ MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Settimo rapporto annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, cit., pp. 12 y 24.

²¹ M. AMBROSINI, *Migrazioni*, cit., p. 71 ss.; G. DALLA ZUANNA, *Immigrazione e mercato del lavoro in Italia*, cit., pp. 253 y 254. Casi todos los trabajadores extranjeros desarrollan un trabajo subordinado, y poco menos del 80% desarrolla un trabajo con calificación de obrero, mientras que sólo el 0,9% de los ocupados tiene una calificación de dirigente o cuadro. El trabajo por cuenta propia es desarrollado por el 11,1% de los inmigrantes, pero sólo el 0,3% es emprendedor; datos obtenidos por el MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Settimo rapporto annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, cit., pp. 41 y 42.

Las tres segmentaciones (territorial, generacional, sectorial) que dividen el mercado de trabajo están ligadas al fenómeno de la «segregación ocupacional»: cerca de los dos tercios de los colaboradores domésticos y de los cuidadores son extranjeros, así como la mitad del personal no cualificado afecto a la restauración y los vendedores ambulantes, y más de un tercio de los peones y de los mozos²². Siguen las profesiones comerciales y de servicios (24,9%) y las de artesanos, obreros y agrícolas (20,5%). El 36,5% de los inmigrantes desarrolla, en fin, un trabajo no cualificado, frente al 7,9% de los trabajadores italianos²³. La mano de obra inmigrante, por tanto, está presente de modo masivo en los sectores menos cualificados, y para demostrarlo sirve también el tipo de profesión desarrollada.

Un extranjero que llega a Italia en busca de trabajo está generalmente solo, sin una familia que pueda sostenerlo económicamente y privado de recursos alternativos que puedan permitirle tiempos medio-largos de espera, para conseguir un trabajo cualificado, que responda al tipo de estudio adquirido o a la cualificación profesional poseída. Las condiciones de vida obligan a los extranjeros, en consecuencia, a aceptar trabajos de baja cualificación (*low skilled jobs*), peligrosos, insalubres o humillantes (esto es, *dangerouse, dirty and demeaning jobs*)²⁴, a pesar de tener hoy, en no pocos casos, un título de estudio superior respecto del pedido por las funciones a desarrollar: los inmigrantes sobreformados representan el 37,4%, frente al 22,2 de los italianos que desarrollan los mismos trabajos.

La *overeducation*, referida a los niveles de educación, se liga así al concepto de *overqualification*, concerniente a las específicas competencias y cualificaciones poseídas por muchos extranjeros inmigrantes en Italia que, sin embargo, deben aceptar el desclasamiento y el descenso social, para obtener algún beneficio económico (primero, entre todos, los de las remesas)²⁵.

Sin entrar en las problemáticas que conciernen al reconocimiento y a la equiparación de los títulos de estudio conseguidos en países extranjeros²⁶, la frecuente sobre-formación de la mano de obra inmigrante emerge claramente en los análisis estadísticos. Los datos publicados por el Ministerio del Trabajo y de las

²² F. PINTALDI, M.E. PONTECORVO, S. MONTECOLLE, *Occupati e disoccupati stranieri nella Rilevazione sulle Forze di Lavoro Istat*, cit., pp. 257 ss.

²³ CARITAS E MIGRANTES, *XXVI Rapporto Immigrazione 2016. Nuove generazioni a confronto*, cit., pp. 14 y 15.

²⁴ Se definen también como trabajos de las «cinco P»: pesados, peligrosos, precarios, poco pagados, penalizados socialmente; véase M. AMBROSINI, *Sociologia delle migrazioni*, Bologna, Il Mulino.

²⁵ Son 897 mil los extranjeros que desarrollan un trabajo por el cual se pide un título de estudio inferior al que se posee. Véase F. PINTALDI, M.E. PONTECORVO, S. MONTECOLLE, *Occupati e disoccupati stranieri nella Rilevazione sulle Forze di Lavoro Istat*, cit., p. 258.

²⁶ Al efecto, véase L. DI SALVATORE, *L'impatto dell'immigrazione sul mercato del lavoro*, en *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti. Asilo – Minori – Welfare*, a cargo de L. CORAZZA, M. DELLA MORTE, S. GIOVA, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018, pp. 289-293.

Políticas Sociales evidencian que el 21,0% de los extranjeros en posesión de un grado desarrolla un trabajo manual no cualificado (frente al 0,5% de los italianos) y sólo el 36,4% de los inmigrantes graduados desarrolla un trabajo directivo o una profesión intelectual, frente al 83,1% de los italianos, a igualdad de título de estudio. También entre los ocupados extranjeros y los nativos con grado medio se evidencia un *gap*: el 41,0% de los primeros desarrolla un trabajo manual no cualificado, mientras que para los segundos el porcentaje es del 18,4%²⁷.

De un análisis de conjunto se desprende que los trabajadores inmigrantes ocupan una posición complementaria, más que concurrente, respecto de la mano obra autóctona²⁸. Sin embargo, una excepción es la de la franja de población local más pobre, menos formada y cualificada profesionalmente que, obligada a desarrollar trabajos de escasa cualificación y estabilidad, consideradas también las condiciones de indigencia económica y de fragilidad social en que se halla, no está en absoluto a favor de la petición empresarial de mano de obra inmigrante y a la disponibilidad ocupacional que los extranjeros manifiestan al llegar a Italia.

La ausencia de medios de sustento que golpea a una parte de los nativos, de hecho, influye notablemente también en el juicio de gran parte de la opinión pública sobre la acogida y sobre la integración de los migrantes, especialmente cuando, a la primera fase de acogida, sigue el asentamiento estable en la comunidad, que resulta posible por el desarrollo de una actividad laboral.

III. IRREGULARES Y ECONOMÍA SUMERGIDA: EL TRABAJO DE LOS «INVISIBLES»

Buena parte de los inmigrantes que se sitúan en condiciones de irregularidad en relación con el ingreso o con la permanencia en Italia desarrolla, la mayor parte de las veces, un trabajo irregular.

Entre las formas de trabajo irregular, se considera trabajo «negro» cualquier tipo de empleo irregular, pero no ilegal, que priva al trabajador de un contrato de trabajo regular, de la cobertura de seguridad social, de las garantías y tutelas previstas por las leyes y de los convenios colectivos nacionales de trabajo. Se diferencia de él el trabajo «gris», que contempla, en cambio, formas de irregularidad menos graves, por las que al trabajador regularmente contratado, por ejemplo, no se le abonan las horas trabajadas, o se le abonan «en sobre» o, incluso, no se declaran fiscalmente²⁹.

²⁷ MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Settimo rapporto annuale. Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia*, cit., p. 45.

²⁸ G. DALLA ZUANNA, *Immigrazione e mercato del lavoro in Italia*, cit., pp. 255 y 256.

²⁹ L. CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Bologna, Il Mulino, 2013; C. MERLINO, D. DE LELLIS, *Stranieri e lavoro non regolare: il caso dell'agricoltura e* ACDCT, VOL. X (2018), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 17-44

No son sólo los empleadores los cautivados por el trabajo irregular: los extranjeros que llegan a Italia se encuentran casi siempre en condiciones de tener que aceptar rápidamente un trabajo, consideradas las escasas posibilidades económicas a su disposición o, a veces, convencidos de permanecer en Italia sólo por poco tiempo, desean ahorrar de prisa el mayor dinero posible, sin tener en cuenta ni las cotizaciones sociales ni las tutelas normativas que corresponden a un contrato de trabajo regular³⁰.

La oferta de trabajo irregular es una de las principales causas de la inmigración clandestina. El tráfico llevado a cabo por organizaciones criminales ayuda a los extranjeros a eludir los controles y las normas que regulan el ingreso en el país de llegada, y a insertarse en el trabajo sumergido. Todo ello es más fácil por la elevada demanda de mano de obra extranjera de bajo coste, para emplear en sectores con alta intensidad de trabajo, como los de la agricultura, de la construcción y de la industria hostelera, pero también el del servicio doméstico y del cuidado de personas.

La creciente dificultad de encontrar en el mercado local la mano de obra necesaria para desarrollar trabajos poco cualificados se debe, en parte, a la consecución de niveles de formación cada vez más altos, y a los recursos económicos familiares con los que los jóvenes del lugar pueden contar. Estos factores conllevan la necesidad, para el mercado, de acceder a la fuerza de trabajo, picando también en el cebo de la inmigración clandestina³¹.

El trabajo irregular incide de manera drástica sobre los recursos económicos estatales: ocultar voluntariamente a las autoridades fiscales y de seguridad social el empleo de trabajo incrementa, de hecho, las cifras de la economía sumergida, en particular del trabajo sumergido. De este último se ha hablado como fenómeno jurídico-social complejo, cuya difusión deriva de algunos factores como la presión fiscal y el coste del trabajo, la disminución del nivel salarial, el crecimiento de la demanda en determinados sectores, la carencia de controles por parte de las autoridades competentes, y de las que se derivan múltiples consecuencias sobre los ingresos fiscales, sobre los recursos públicos, sobre la libre competencia entre operadores económicos, así como sobre las

del caporalato, en *Dossier statistico Immigrazione 2017*, a cargo de Centro Studi e Ricerche IDOS, 2017, p. 283; L. DI SALVATORE, *L'impatto dell'immigrazione sul mercato del lavoro*, cit., pp. 293-298; M. PERUZZI, *Lavoro irregolare, sommerso, non dichiarato, illegale: questioni definitorie nella prospettiva interna e dell'Unione europea*, en *Diritti Lavori Mercati*, 2015, 1, pp. 115-152.

³⁰ Véase V. FERRANTE, *Economia "informale" e politiche del lavoro: un nuovo inizio*, en *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 337/2017*, p. 2 ss. y p. 20; G. DALLA ZUANNA, *Immigrazione e mercato del lavoro in Italia*, cit., pp. 250 y 251.

³¹ Sobre el tema, véase, G. COSTA, *Il caporalato: problemi e prospettive*, en *Diritto e Pratica del Lavoro*, 6/2017, pp. 345 y 346 y M. AMBROSINI, *Migrazioni*, cit., pp. 52-55.

condiciones de trabajo, de seguridad, retributivas y de seguridad social de los trabajadores³².

En lo que se refiere a las cifras del trabajo irregular y del sumergido en Italia, de un análisis llevado a cabo por la Fundación Leone Moressa relativo al año 2015, los extranjeros irregulares activos en el mercado de trabajo llegan a 558 mil, igual al 20% de los ocupados extranjeros en total. Considerando los datos a nivel territorial, casi la mitad se encuentra en el norte (249 mil), aunque la incidencia mayor sobre los ocupados extranjeros es en el sur, donde los irregulares representan algo más de 1/3 (33,9%)³³.

Los últimos datos publicados por el Istat, en octubre de 2017, se refieren a la economía no observada en las cuentas nacionales, esto es, a las actividades económicas que se escapan de la observación estadística directa. Los principales componentes de la economía no observada están representados por la economía sumergida y por la economía ilegal que, en 2015, ascienden a cerca de 208 mil millones de euros, igual al 12,6% del PIB, de los que 190 mil millones de euros derivan de la economía sumergida. El empleo de trabajo irregular vale poco más de 77 mil millones de euros. Los datos también demuestran que algunos sectores de producción están más predispuestos que otros a «acoger» el trabajo irregular: particularmente elevada es la tasa de ocupación irregular en los sectores de los servicios a las personas (47,6% en 2015), de la agricultura (17,9%), de la construcción (16,9%) y del comercio, transporte, alojamiento y restauración (16,7%)³⁴.

El recurso al trabajo no regular, tanto por parte de las empresas como por parte de las familias, constituye una característica estructural del mercado de trabajo italiano y lo demuestran los 3 millones y 724 mil unidades de trabajo en condiciones de irregularidad, de los que 2 millones y 651 mil desarrolla un trabajo como dependientes³⁵.

³² Así, M. GIACONI, *Le politiche europee di contrasto al lavoro sommerso. Tra (molto) soft law e (poco) hard law*, en *Lavoro e diritto* (ISSN 1120-947X), 3/2016, Il Mulino – Rivisteweb, pág. 440.

³³ FONDAZIONE LEONE MORESSA, *Il “tesoro sommerso” dell’immigrazione*, en <http://www.fondazioneleonemoressa.org/newsite/il-tesoro-sommerso-dellimmigrazione/>, 2016, y V. POLCHI, *Gli immigrati che lavorano senza tutele: un «tesoro sommerso» da 12,7 miliardi*, en http://www.repubblica.it/economia/2016/10/21/news/il_tesoro_nero_degli_immigrati_senza_tutele_vale_12_7_miliardi-150170139/, 20 octubre 2016.

³⁴ ISTAT, *L’economia non osservata nei conti nazionali*, en https://www.istat.it/it/files/2017/10/Economia-non-osservata_2017.pdf?title=Economia+non+osservata+-+11%2Fott%2F2017+-+Economia+non+osservata_2017.pdf, 11 octubre 2017.

³⁵ *Ibidem*; V. FERRANTE, *Economia “informale” e politiche del lavoro: un nuovo inizio*, cit., p. 1 ss.

Entre los trabajadores pertenecientes al área de la UE, las nacionalidades más expuestas al trabajo irregular, en particular al trabajo «negro», son la rumana, la búlgara y la polaca, mientras que entre los extranjeros extra-UE figuran los albaneses y los inmigrantes provenientes del África ecuatorial y del norte de África. En particular, está en constante aumento el porcentaje de estos últimos, considerando las llegadas masivas por mar a las costas del país, pero no faltan trabajadores provenientes de Paquistán y de la India³⁶.

Son interesantes los resultados obtenidos de las inspecciones llevadas a cabo en 2016 en algunas empresas italianas: sobre 191.614 empresas inspeccionadas, 120.738 han resultado ser irregulares. Los trabajadores totalmente «en negro» constatados por los órganos de inspección son 62.106, igual al 33,4% de todos los trabajadores irregulares (186.027). De las conductas verificadas, los porcentajes más significativos de irregularidad se encuentran en los sectores del transporte y del almacenaje (70,5%), construcción (64,2%), actividades de los servicios de alojamiento y restauración (62,9%), actividades manufactureras (60,2%), comercio (53,1%), otras actividades de servicios (52,5%), agricultura, silvicultura y pesca (51,7%)³⁷.

El trabajo irregular de los denominados «invisibles» cuesta caro a las cuentas nacionales: produce una riqueza igual a 12,7 mil millones de euros, determinando una pérdida para la hacienda estatal, bajo la forma de ingreso fiscal, estimada en 5,5 mil millones de euros³⁸.

Además de pérdidas económicas, la irregularidad daña ante todo los intereses de los trabajadores que, excluidos de la regulación del trabajo, no disfrutan de los derechos y de las protecciones derivadas de un contrato de trabajo regular, haciéndose más vulnerables, y fácilmente sujetos a prácticas ilícitas de explotación laboral (véase *infra*, apartado IV).

La situación que aflora no se le escapa a la Unión Europea, que, a través de la adopción de actos casi exclusivamente de *soft law* (meras guías, principios y buenas prácticas), ha ofrecido soluciones a los Estados, manteniendo vivo el debate sobre el fenómeno del «*undeclared work*», para indicar, en conjunto, cada actividad retribuida, de por sí lícita, pero no declarada a las autoridades públicas (Comisión UE, 2013)³⁹.

³⁶ C. MERLINO, D. DE LELLIS, *Stranieri e lavoro non regolare: il caso dell'agricoltura e del caporalato*, cit., p. 283.

³⁷ Los datos aportados son fruto de la actividad desarrollada en el curso de 2016 por el personal inspector del Ministerio de Trabajo y de las Políticas Sociales, por el INPS y por el INAIL. Véase, C. MERLINO, D. DE LELLIS, *Stranieri e lavoro non regolare: il caso dell'agricoltura e del caporalato*, cit., pp. 281 ss.

³⁸ FONDAZIONE LEONE MORESSA, *Il "tesoro sommerso" dell'immigrazione*, cit.

³⁹ S. VARVA, *Undeclared work e Unione Europea, ultimo atto: una "piattaforma europea" per contrastare il lavoro sommerso*, en *Lavoro e diritto*, 2016, 3, pp. 462 ss.

El único instrumento que ha asumido fuerza imperativa es la Directiva 2009/52, de 18 junio 2009, «que introduce normas mínimas relativas a sanciones y a medidas frente a los empresarios que emplean ciudadanos de terceros países cuya permanencia es irregular»⁴⁰. La Directiva nace del convencimiento de las instituciones europeas acerca de la existencia de un nexo entre el trabajo sumergido y la inmigración irregular: la posibilidad misma de encontrar trabajo irregular en Europa constituye una de las principales fuentes de atracción de la clandestinidad, y en consecuencia, la difusión de los clandestinos está sin duda conectada a la facilidad con la que se localiza el trabajo irregular⁴¹. No olvidemos que una de las causas por las que hoy se sigue emigrando, también irregularmente, deriva de las malas condiciones económicas existentes en el lugar de origen y de la búsqueda de un futuro mejor en otro lugar (migración económica)⁴².

Las consecuencias del trabajo sumergido en el plano de la seguridad social, fiscal, social y de la genuina competencia, así como los perjuicios, también discriminatorios, que ello determina en las condiciones de trabajo, han tenido un rol fundamental en la Decisión de 9 marzo 2016 del Parlamento Europeo y del Consejo, que ha instituido la Plataforma europea «para el reforzamiento de la cooperación dirigida a luchar contra el trabajo no declarado»⁴³. Las actividades de lucha consisten en prevenir, desincentivar y combatir el trabajo no declarado, así como en promover su emersión, teniendo en cuenta la dimensión transfronteriza del trabajo sumergido y de su naturaleza diferente de país a país.

Punto débil de la Plataforma podría ser el relativo a la efectiva y concreta participación de los Estados. La Decisión europea, en efecto, contempla tanto la

⁴⁰ Aunque la Directiva había buscado disuadir el recurso al trabajo irregular, se han producido perplejidades sobre los límites de sus disposiciones (señaladamente, el campo de aplicación subjetivo ligado al presupuesto de la estancia irregular de las personas a las que se destina) y dudas sobre su efectividad, no sólo en lo relativo al trabajo sumergido (que no entra entre sus ámbitos por vía indirecta, sino en cuanto fuente de atracción para los inmigrantes irregulares), sino también en la persecución del objetivo último para las que se adoptó, esto es la tutela de la seguridad y del orden público europeo, frente a la inmigración clandestina. Para profundizar sobre la cuestión, véase, L. CALAFÀ, *I confini sociali dell' "immigration policy" dell'Unione europea*, en *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, 2013, pp. 347 ss.; M. GIACONI, *Le politiche europee di contrasto al lavoro sommerso. Tra (molto) soft law e (poco) hard law*, cit., pp. 449 ss. y pp. 455 y 456; S. VARVA, *Undeclared work e Unione Europea, ultimo atto: una "piattaforma europea" per contrastare il lavoro sommerso*, cit., p. 466.

⁴¹ M. GIACONI, *Le politiche europee di contrasto al lavoro sommerso. Tra (molto) soft law e (poco) hard law*, cit., p. 449.

⁴² Para un encuadramiento del fenómeno migratorio por razones económicas y del acceso a los derechos sociales por los extranjeros, véase M. MC BRITTON, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano: una prospettiva giuslavoristica*, Bari, Cacucci editore, 2017; W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Torino, Giappichelli, 2013.

⁴³ Decisión (UE) 2016/344 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 marzo 2016. Para la lectura del texto y de sus considerandos fundamentales, se reenvía a <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32016D0344>.

necesaria participación (artículo 2), como la libertad de los Estados en relación con el grado de participación en las actividades (considerando núm. 16), y en particular, deja a salvo la competencia de cada uno de los Estados miembros para decidir sobre las medidas a adoptar a nivel nacional para la lucha contra el trabajo sumergido (considerando núm. 18)⁴⁴.

IV. *SIGUE*: CUANDO EL TRABAJO SE CONVIERTE EN EXPLOTACIÓN. EL SISTEMA ILÍCITO DEL «CAPORALATO»

La posición de vulnerabilidad que el extranjero ocupa en el mercado de trabajo italiano le convierte, muchas veces, en prisionero de un sistema ilícito fundado en la explotación del trabajo (el denominado «*caporalato*»)⁴⁵.

El término «*caporalato*» se refiere a aquel mecanismo ilícito con el que, violando la normativa sobre el suministro de fuerza de trabajo, se recluta la mano de obra para colocar en terceros a costes inferiores respecto de los previstos por los convenios colectivos, incluyendo cualquier conducta de violencia, maltrato y abuso que puede rodear la propia explotación.

Las conductas de intermediación ilícita y explotación del trabajo, definidas por el artículo 603.bis del Código Penal⁴⁶, son tanto las del intermediario (el denominado «*caporale*»), que recluta la mano de obra y la destina al trabajo

⁴⁴ Perplejidades, sobre la concreta participación de los Estados en las actividades de la Plataforma, fueron anticipadas por S. VARVA, *Undeclared work e Unione Europea, ultimo atto: una "piattaforma europea" per contrastare il lavoro sommerso*, cit., pp. 467 ss.

⁴⁵ Entre las contribuciones sobre el tema, véase M. D'ONGHIA, C. DE MARTINO, *Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199 del 2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso*, en WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 352/2018, pp. 3-44; G. COSTA, *Il caporalato: problemi e prospettive*, cit., p. 345 ss.; U. NAZZARO, *Misure di contrasto al fenomeno del caporalato: il nuovo art. 603bis c.p. e l'ardua compatibilità tra le strategie di emersione del lavoro sommerso e le politiche migratorie dell'esclusione*, en *Cass. Pen.*, 2017, 7-8, p. 2617 ss; E. RIGO (a cargo de), *Leggi, migranti e caporali. Prospettive critiche di ricerca sullo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, Pisa, Pacini Editore, 2015; C. RONCO, *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: problematiche applicative e prospettive di riforma*, en *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2016, 7, p. 665 ss.; *Terzo rapporto agromafie e caporalato*, Osservatorio Placido Rizzotto CGIL-FLAI (a cargo de), mayo 2016.

⁴⁶ Dicho artículo se introdujo por el Decreto Ley núm. 138, de 13 agosto 2011, convertido luego en la Ley núm. 148, de 14 septiembre 2011. Últimamente, se ha modificado por la Ley 199/2016, en vigor desde el 4 noviembre 2016, constatada la ineficacia de la norma para luchar contra el «*caporalato*» y probada la persistencia del fenómeno. Entre las principales novedades: sancionabilidad no sólo del intermediario, sino también del empleado, incriminación de la conducta de explotación de la fuerza de trabajo llevada a cabo singularmente por una persona, prescindiendo de la colaboración con una organización criminal, introducción de la circunstancia atenuante en caso de cooperación con las autoridades de policía o con la judicial (artículo 603.bis.1), introducción de la confiscación obligatoria en caso de condena o de conformidad (artículo 603.bis.2.), previsión del arresto obligatorio en caso de delito flagrante.

para terceros en condiciones de explotación, aprovechándose del estado de necesidad de los trabajadores, como la del empleador que utiliza, contrata o emplea mano de obra, también (pero no sólo) mediante la actividad de intermediación del «*caporale*», sometiendo a los trabajadores a condiciones de explotación y aprovechándose de su estado de necesidad⁴⁷.

A la doble explotación sufrida por los trabajadores, de mano del «*caporale*» primero, y del empleador después, se contraponen el fuerte poder de los intermediarios: éstos no sólo realizan presiones hacia los trabajadores, sino que también intimidan a sus empleadores con actos de extorsión para obtener mayores beneficios económicos⁴⁸.

Elemento esencial de las conductas reconducibles al «*caporalato*», por lo tanto, es la explotación del trabajo. El legislador ha establecido algunos indicios de referencia, como:

- El reiterado abono de retribuciones claramente desviado de los convenios colectivos nacionales o territoriales estipulados por las organizaciones sindicales más representativas a nivel nacional, o desproporcionadas respecto de la cantidad y calidad del trabajo prestado;
- La reiterada violación de la normativa relativa a la jornada, a los períodos de descanso, al descanso semanal, a la excedencia obligatoria y a las fiestas;
- La subsistencia de violaciones de las normas en materia de seguridad e higiene en los lugares de trabajo;
- El sometimiento del trabajador a condiciones de trabajo, métodos de vigilancia o situaciones de alojamiento degradantes⁴⁹.

En amplias zonas del país, especialmente en algunas regiones del sur para los sectores de la agricultura, y del centro norte, para el de la construcción (no faltan en el sector manufacturero, turístico y de la gran distribución organizada), los «*caporales*» reclutan y transportan a los trabajadores desde el punto de encuentro hasta el lugar de recogida, reclamando una recompensa monetaria por el servicio. Se trata de un sistema basado en la explotación rentable de la fuerza de trabajo, dispuesta a desarrollar tareas extenuantes en condiciones de extrema precariedad y en total ausencia de medidas de seguridad.

El fenómeno, fuertemente radicado en el sector agrícola, ha cosechado víctimas primero entre los compatriotas, y hoy, principalmente entre los extranjeros: en los campos del sur, a ritmo rápido y sin parar, los braceros de todas

⁴⁷ Artículo 603.bis, apartado 1, del Código Penal.

⁴⁸ G. COSTA, *Il caporalato: problemi e prospettive*, cit., p. 345.

⁴⁹ Para que exista explotación es suficiente que subsista sólo una de las condiciones mencionadas en el apartado 3 del artículo 603.bis del Código Penal.

las nacionalidades —sobre todo polacos, rumanos y africanos— son empleados para la recolección de tomates, de patatas, de la uva, de cítricos y de aceitunas por jornales de calderilla y tiempos de trabajo que superan incluso las 10 horas de jornada, durante las cuales los «*caporales*» amenazan y utilizan la violencia, física y psicológica, hacia los trabajadores. Estos últimos están obligados a vivir amontonados en tiendas o en viejos caseríos dispersos y escondidos entre los campos, lejos de los centros habitados, donde las condiciones higiénico-sanitarias son decadentes y precarias, y la alimentación escasa, y en los límites de la supervivencia⁵⁰.

A los efectos de la punibilidad de las conductas reconducibles al sistema ilícito del «*caporalato*», no se exige que el trabajador esté desarrollando un trabajo «en negro». Sea una actividad regular o irregular, el elemento determinante es la explotación del trabajo.

Sin embargo, si al trabajo desarrollado y eventualmente irregular, se añade también el *status* de clandestino, la situación precipita bien en términos de tutela de los derechos (en realidad, el contencioso en la materia es escaso, considerado también el delito de ingreso y residencia ilegal, *ex* artículo 10.bis, texto unificado, sobre inmigración)⁵¹, bien por cifras, obviamente también muy bajas, de denuncias presentadas por las víctimas del *caporalato* (las consecuencias de expulsión que se derivan de ellas constituyen, sin duda, un freno)⁵².

Para proteger el estado de clandestinidad, los extranjeros privados de permiso de residencia sufren y obedecen sin rebelarse, y esto les convierte en presas todavía más apetecibles de un sistema criminal, discriminatorio, y lesivo de la dignidad humana⁵³.

En el Tercer Informe sobre mafias agrícolas y *caporalato*, de mayo 2016⁵⁴, se leen los datos detectados por el Ministerio de Trabajo, relativos a 2015, sobre inspecciones desarrolladas para verificar formas de trabajo irregular y explotación de trabajo en el sector de la agricultura. Sobre 8.862 empresas inspeccionadas, se han detectado 6.153 trabajadores irregulares, de los que 3.629 totalmente «en negro», además de 713 fenómenos de «*caporalato*». En tal contexto, se estima que cerca de 100 mil trabajadores se encuentran en condiciones

⁵⁰ Para un recuento-encuesta sobre el fenómeno del «*caporalato*» en la campiña de la Puglia, véase A. LEOGRANDE, *Uomini e caporali. Viaggio tra i nuovi schiavi nelle campagne del Sud*, Mondadori, 2008.

⁵¹ El artículo 10.bis se incluyó en el texto unificado de inmigración (Decreto legislativo núm. 286/1998) por la Ley núm. 94, de 15 julio 2009.

⁵² L. CALAFÀ, *Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso italiano*, en *Lavoro e diritto*, 2017, 1, p. 74.

⁵³ C. DE MARTINO, M. LOZITO, D. SCHIUMA, *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, cit., pp. 313 ss.

⁵⁴ *Terzo rapporto agromafie e caporalato*, cit., p. 22.

de explotación grave, lo que prueba que el *caporalato* representa una parte del más complejo y variado fenómeno de la irregularidad y de la economía sumergida.

V. INMIGRACIÓN Y DISCRIMINACIÓN CON TRASFONDO ÉTNICO Y RACIAL. LAS CONSECUENCIAS (TAMBIÉN ECONÓMICAS) DE LA INTOLERANCIA

Italia es tierra de inmigrantes desde hace más de 40 años, pero en los últimos tres la situación migratoria se ha vuelto sin duda más compleja⁵⁵.

Las estadísticas prevén todavía nuevas llegadas. Según una investigación Gallup de 2017, un tercio de la población subsahariana y un cuarto de los residentes en la Europa no comunitaria querrían emigrar; entre los probables países destinatarios está también Italia, donde se esperan 14 millones de nuevos inmigrantes⁵⁶.

Entre las permanencias sólo temporales y los asentamientos estables, Italia debe prepararse para la prospectiva de una convivencia social e intercultural, prestando mayor atención a los episodios de discriminación y a los fenómenos de intolerancia racial.

Lo recuerda también la Agenda Europa sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible (*Sustainable Development Goals*, SDGs)⁵⁷, que pone entre los objetivos, además de las migraciones seguras, responsables y regulares, también el de potenciar la inclusión social, económica y política de todas las personas, prescindiendo de la raza y de la etnia, el de eliminar toda práctica discriminatoria, evitando la marginación de los inmigrantes, y el de garantizar los derechos y tutelar la dignidad humana.

Actualmente, sin embargo, hay todavía mucho por hacer en materia de inclusión. Lo demuestran los casos de discriminación que implican a los extranjeros en muchos sectores: piénsese, por ejemplo, en las selecciones de acceso a la ocupación en las que los inmigrantes son a menudo excluidos por el color de la piel, por la nacionalidad, por la pertenencia a un grupo étnico; piénsese en la diferencia retributiva y en el salario inferior con que se paga a los extranjeros, en la

⁵⁵ Los flujos de refugiados procedentes de Libia han aumentado las cifras del fenómeno migratorio: 171 mil en 2014, 154 mil en 2015 y otros 181 mil en 2016.

⁵⁶ A. RICCI, *Migrazioni, demografia e sviluppo: i dati che smentiscono la "narrazione" ingannevole*, en *Dossier Statistico Immigrazione 2017*, a cargo de Centro Studi e Ricerche IDOS, 2017, pp. 18 y 19.

⁵⁷ Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, Resolución adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y suscrita el 25 septiembre 2015 por los Gobiernos de los países miembros de la ONU.

dificultad de alquilar una casa cuando los propietarios quieren alquilarla sólo a los nativos o, incluso, en las prestaciones sociales que, aunque garantizadas por la ley, se deniegan a los extranjeros por las entidades competentes (las denominadas discriminaciones institucionales)⁵⁸.

Sin embargo, la prohibición de discriminación por motivos étnicos y raciales ha cristalizado en el ordenamiento jurídico italiano en múltiples disposiciones normativas. El artículo 3 de la Constitución, que va en primer lugar, sanciona en su primer apartado la igual dignidad social sin distinción de [...] raza [...] garantizando el compromiso del Estado de «remover los obstáculos económicos y sociales que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País». Le siguen dos textos legales, el Decreto Legislativo núm. 286, de 25 julio 1998, y el Decreto Legislativo núm. 215, de 9 julio 2003: el primero, denominado texto unificado sobre la inmigración, en el artículo 43 considera discriminatorio todo comportamiento que directamente o indirectamente conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la raza, el color, [...], el origen nacional o étnico, [...], estableciendo en el artículo 44 los medios de tutela para la defensa de la víctima. El segundo texto, que ha transpuesto la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 julio 2000, en cambio, prohíbe en el artículo 2 toda práctica discriminatoria, directa o indirecta, basada en la raza o en el origen étnico, contra la que la persona lesionada podrá invocar los medios de tutela previstos en el propio Decreto (artículo 4).

Las discriminaciones pueden ser de diverso tipo, y el legislador de 2003 ha previsto distinguir las entre:

- Discriminaciones directas, que se producen cuando una persona, sobre la base de un factor de discriminación, como la raza o el origen étnico, es tratada menos favorablemente respecto de otras que se encuentran en una situación análoga⁵⁹. Se toma como ejemplo al propietario de un inmueble que decide alquilar su casa y que, en presencia de una oferta presentada por una familia tunecina, rechaza firmar el contrato porque es extranjera, o porque los otros condóminos no la aceptarían de buen grado, o incluso el propietario de un bar que rechaza dar asiento en la mesa a un grupo de inmigrantes, porque a los clientes habituales no les agrada su presencia;

- Discriminaciones indirectas, que se producen cuando una disposición, un criterio, una práctica, o un comportamiento aparentemente neutros pueden poner

⁵⁸ Para un examen de las discriminaciones en el sector de las prestaciones sociales y del acceso a los bienes y servicios, entre los que se incluyen los habitacionales, se reenvía a M. T. AMBROSIO, *Immigrazione e tutele contro le discriminazioni fondate sulla razza e sull'origine etnica*, en *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti. Asilo - Minori - Welfare*, a cargo de L. CORAZZA, M. DELLA MORTE, S. GIOVA, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2018, pp. 307-315.

⁵⁹ Artículo 2, párrafo 1, letra a), Decreto Legislativo 215/2003.

a una persona en posición de particular desventaja respecto de otras personas⁶⁰. Se trata de una forma de discriminación oculta y solapada, que podría producirse, por ejemplo, si un empleador decidiese excluir candidatos que viven en una determinada zona de la ciudad, en la que residen también muchos rumanos. De tal modo, el comportamiento del empleador sería desventajoso para eventuales candidatos de dicha etnia, discriminados también de manera indirecta.

- También se consideran discriminaciones los acosos, comportamientos indeseables, llevados a cabo por motivos de raza o de origen étnico, con la finalidad o el efecto de violar la dignidad humana y de «crear un clima intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo»⁶¹. Son un ejemplo de ello los dos casos decididos por los tribunales italianos que han juzgado muy ofensivo y lesivo de la dignidad humana y de indudable valor discriminatorio el término «chusma» referido al grupo étnico de los rumanos⁶², así como la conducta del empleador (aunque no intencionada) que, por causa de la raza y del origen étnico de un dependiente suyo, le disuade de la candidatura a las elecciones municipales, dirigiendo frases ofensivas también a otro dependiente de origen africano⁶³.

Los efectos de la discriminación se reflejan también en la economía nacional, sobre la falta de aumento del crecimiento de las empresas y de la ocupación⁶⁴, e inciden fuertemente en la «segregación ocupacional», que ve a los extranjeros sólo en determinados sectores, excluidos del resto del mercado y privados de la posibilidad de desarrollar trabajos de más alta cualificación.

Mientras que los factores de discriminación basados en la raza y en el origen étnico seguirán representando motivos de exclusión en la selección para la ocupación y vías preferentes para acceder al trabajo irregular, así como instrumentos útiles para discriminar a los extranjeros en cualquier esfera de la vida, y mientras que desde un punto de vista económico aumentarán las cifras de la economía sumergida, desde un punto de vista social no tardará en comprobarse la profunda escisión entre la comunidad de los autóctonos y la de los extranjeros (los guetos en las periferias de las ciudades son ya una demostración de ello).

Como nada de esto es deseable para una sociedad civil, resulta necesario un mayor compromiso procedente de las autoridades y de las partes sociales implicadas de cualquier modo en el fenómeno migratorio⁶⁵. Para tal propósito,

⁶⁰ Artículo 2, párrafo 1, letra b), Decreto Legislativo 215/2003.

⁶¹ Artículo 2, párrafo 3, Decreto Legislativo 215/2003.

⁶² Tribunal Milán, Auto de 19 abril 2016, en *De Jure*, (<http://iusexplorer.it>).

⁶³ Tribunal Milán, Sección Trabajo, Auto de 22 marzo 2012, en *D&L*, 2012, con nota de A. BARACCHI, *Molestie per ragioni di razza e normativa antidiscriminatoria*, p. 491.

⁶⁴ L. TRIA, *Uguali nelle diversità o estranei a noi stessi? Riflessioni sul divieto di discriminazione tra norme e prassi*, in *Il lavoro nel diritto*, septiembre-octubre 2017, p. 525 ss.

⁶⁵ Sobre el papel de las instituciones de antidiscriminación racial, véase C. HERMANIN, *Le istituzioni contro la discriminazione razziale*, en *Lavoro e diritto*, 2009, 4, p. 641 ss. R. PENNINX, *Il ruolo dei sindacati nei processi di integrazione degli immigrati e nelle politiche di integrazione locale*, en *Mondi Migranti*, 2011, 1, pp. 7-24.

existen medidas concretas que permiten a los extranjeros ser independientes, de valerse por sí mismos, realizando actividades lícitas y regulares, para el sustento propio y de la familia eventualmente reagrupada en Italia, iniciando recorridos válidos de inclusión (formación lingüística y profesional *in primis*), buenas prácticas de convivencia y ausencia de cualquier ideología de diferenciación y racial.

VI. LA DIFÍCIL EMERSIÓN DE LAS DISCRIMINACIONES EN EL TRABAJO

El trabajo, en el que se basa la República Italiana (artículo 1 de la Constitución), no representa sólo el medio con el que la persona se procura una renta y hace rendir las capacidades propias, sino que, ante todo, sirve para concretar la participación de la persona en la colectividad, con igual dignidad, y para concurrir al progreso material y espiritual de la sociedad (artículo 4 de la Constitución)⁶⁶

Desarrollar una actividad regular, en efecto, permite a la persona adquirir una identidad de grupo y tomar parte en la vida social, económica y política del país. A tal efecto, la República Italiana garantiza también a los extranjeros, con permanencia regular en el territorio nacional, paridad de trato y plena igualdad de derechos respecto los trabajadores italianos⁶⁷.

Los actos discriminatorios que afectan a los inmigrantes, sin embargo, no encajan con los principios de igualdad y de la paridad de trato garantizados por la Constitución (artículo 3 de la Constitución) y por los ya mencionados Decretos Legislativos 215/2003 y 286/1998.

Con especial referencia al ámbito del trabajo, la prohibición de discriminación se lleva a cabo por vez primera por el artículo 15 de la Ley núm. 300 de 1970 (el denominado Estatuto de los Trabajadores), que sanciona la nulidad de los pactos o de los actos directos con fines discriminatorios, basados en una serie de factores de riesgo, incluido el de la raza.

En el ámbito laboral, el derecho a no ser discriminado actúa siempre: bien en la fase que precede a la prestación del trabajo, como la del acceso a la ocupación que llega usualmente tras la selección, bien en la subsiguiente, en que se ha iniciado el verdadero y propio contrato de trabajo, además de la orientación y de

⁶⁶ L. TRIA, *Uguale nelle diversità o estranei a noi stessi? Riflessioni sul divieto di discriminazione tra norme e prassi*, cit., p. 525 ss.

⁶⁷ Artículo 2, apartado 3, Decreto Legislativo núm. 286/1998. Véase, A. COSTA, *Stranieri: parità di trattamento con i lavoratori italiani*, en *Diritto & Pratica del Lavoro*, 2017, 34-35, p. 2061 ss.

la formación profesional, el perfeccionamiento y la recualificación profesional, incluidas las prácticas profesionales⁶⁸.

Por tanto, se prohíben todos los comportamientos discriminatorios relativos a la exclusión de los procedimientos selectivos para el acceso a la ocupación, así como los comportamientos del empleador o de sus representantes consistentes en otorgar, en el lugar de trabajo y a determinadas personas, un trato distinto respecto del aplicado al resto de los trabajadores, cuando dicho trato dependa exclusivamente de factores discriminatorios como la raza o el origen étnico.

A pesar de la prohibición, no faltan en Italia casos de discriminación étnica y racial que afectan a los extranjeros en el ámbito laboral, pero que con mucha dificultad y escasa frecuencia emergen ante las autoridades judiciales⁶⁹.

Nos referimos al trabajo regular y a las relaciones de trabajo inherentes al sector privado; de las dinámicas que afectan a los trabajadores extranjeros en situación de clandestinidad ya se ha hablado (véase *supra*, apartado IV), poniendo de relieve que las denuncias y el correspondiente contencioso en la materia son casi totalmente ausentes, por las consecuencias de expulsión que se derivarían de ello.

En lo que se refiere al empleo público, en cambio, habiendo establecido la aplicación de la paridad de trato entre las personas, con independencia de la raza y del origen étnico en todos los sectores, tanto el público como el privado⁷⁰, se aplica la normativa en materia de acceso al empleo público de los ciudadanos UE y de los extranjeros extra-UE, que no admite su participación en todos los concursos públicos, realizar todas las funciones o desarrollar cualquier actividad en el empleo público⁷¹.

⁶⁸ Directiva 2000/43/CE, artículo 3, letras *a*, *b*, *c*; Decreto Legislativo núm. 215/2003, artículo 3, párrafo 1, letras *a*, *b*, *c*.

⁶⁹ De una investigación EU-MIDIS de 2010, llevada a cabo por la Agencia para los derechos fundamentales se desprende que, en todos los grupos étnicos y de migrantes considerados, el 82% de aquéllos que han sufrido una discriminación no ha presentado denuncia. Véase, Comisión Europea, (COM(2014)2), *Relazione della Commissione Europea al Parlamento e al Consiglio. Relazione congiunta sull'applicazione della direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*, en <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/IT/1-2014-2-IT-F1-1.Pdf>. Véase también M. FERRERO, F. PEROCCO (a cargo de), *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, Milano, FrancoAngeli.

⁷⁰ Directiva 2000/43/CE, artículo 3.

⁷¹ El acceso de los extranjeros al empleo público se regula en el artículo 38 del texto unificado sobre el empleo público (Decreto Legislativo 165/2001), en continuidad con el anterior artículo 37 del Decreto Legislativo 29/1993, que consiente a los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea acceder a los empleos en la Administración «que no impliquen ejercicio directo o indirecto de poderes públicos, o no atiendan a la tutela del interés nacional», reenviando a una fuente

En determinados casos, en efecto, la nacionalidad italiana como requisito del concurso no constituye un factor de discriminación. En otros, en cambio, sí. Un ejemplo es el caso de la ciudadana croata excluida de un concurso para vigilante aduanera, dado que tal figura habría ejercitado poderes públicos y desarrollado funciones ligadas a la seguridad nacional. Tal tesis fue desmentida por un Tribunal de Udine, según el cual constituye discriminación, sobre la base de la nacionalidad, el comportamiento de la Agencia de Aduanas y Monopolios, al limitar sólo a los ciudadanos italianos el procedimiento de selección para la figura de vigilante aduanero. La limitación, según el Tribunal, sólo se consiente cuando el papel a desempeñar implica el ejercicio habitual, directo o indirecto de poderes públicos, y no cuando tal ejercicio representa una parte muy reducida de las actividades desarrolladas, como en el caso en cuestión⁷².

Del análisis de la jurisprudencia interna resulta que son poquísimos los pronunciamientos de los tribunales, provocados por el recurso a la acción antidiscriminatoria prevista *ex* artículo 4 del Decreto Legislativo 215/2003, para el reconocimiento de la existencia de una discriminación (directa, indirecta o bajo forma de acoso) de base étnica o racial en las relaciones inherentes al sector privado⁷³.

¿Cuáles son los motivos que inducen a un extranjero ya activo en el mercado de trabajo o en búsqueda de una ocupación a no actuar judicialmente (o por vía extrajudicial) cuando es víctima de discriminación? Si las razones residiesen sólo en la consciente y libre elección de la persona no se plantearían

reglamentaria la identificación de las tareas, de las actividades y de las funciones para las cuales no puede prescindirse de la nacionalidad italiana. El texto a que se hace referencia es el todavía vigente DPCM 174/1994, que reserva a los italianos los puestos de nivel directivo en las Administraciones públicas, así como los encargos de cualquier nivel en el Ministerio del Interior, de Justicia y otros entes allí enunciados. Posteriormente, la Ley núm. 97/2003 ha extendido el acceso al empleo público también a los familiares de ciudadanos UE, a los ciudadanos de terceros países titulares del permiso de estancia larga, a los titulares del *status* de refugiado o del *status* de protección subsidiaria. Para el acceso al empleo público de los trabajadores *extra*-UE, véase E. TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Milán, Giuffrè, p. 47 ss.

⁷² Tribunal Udine, Sección Trabajo, de 30 junio 2016, en *Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione*, (<https://www.asgi.it/banca-dati/tribunale-udine-sez-lavoro-ordinanza-del-30-giugno-2016/>), confirmada por Corte de Apelaciones Trieste de 10 agosto 2017, núm. 216, en *Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione*, (<https://www.asgi.it/banca-dati/corte-dappello-trieste-sentenza-10-agosto-2017/>). Véase también, A. GUARISO, *Parità di trattamento e discriminazioni: le risposte della giurisprudenza 2016-2017*, en *Dossier statistico Immigrazione 2017*, Centro Studi e Ricerche IDOS, 2017, pp. 178 y 179.

⁷³ Sobre la tutela judicial contra las discriminaciones, P. ADAMI, *L'azione civile anti-discriminatoria ex art. 44 t.u. immigrazione*, en *Giurisprudenza di merito*, 2013, 3, p. 502 ss.; G. FICARELLA, *La tutela giudiziaria contro le discriminazioni dopo il decreto legislativo "taglia riti"*, en *Il giusto processo civile*, 2013, 1, p. 259 ss.; A. GUARISO, *L'azione civile contro la discriminazione: un bilancio dei problemi aperti*, en *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, a cargo de M. FERRERO, F. PEROCCO, Milán, Franco Angeli, 2011, p. 286 ss.

problemas en orden a la efectividad de la tutela, pero visto lo que está en juego, que equivale al respeto de las tutelas garantizadas por la legislación laboral o la asignación de un puesto de trabajo regular, no parece ser ésta la verdadera causa de la difícil emersión de las discriminaciones ante las jueces nacionales.

Se podría pensar, pues, que detrás del ejercicio de las acciones antidiscriminatorias estarían las elecciones directamente conectadas a las condiciones socio-económicas y a la situación de pobreza o de necesidad padecidas por los inmigrantes: para quien ha llegado hace poco tiempo a Italia y ha sido contratado por un empleador, denunciar un comportamiento discriminatorio podría parecer un gesto incauto que pondría en riesgo el puesto de trabajo obtenido, y en consecuencia, se prefiere mantener el puesto de trabajo, incluso a costa de sufrir una discriminación. También la precariedad del trabajo tiene seguramente un peso directo en la elección de no identificar los episodios de discriminación.

Frente a estas consideraciones, prestar atención al grado real de conocimiento que los trabajadores tienen de la regulación antidiscriminatoria ayuda a comprender los motivos ulteriores, o principales, de tal vacío jurisprudencial.

Indagando en tal dirección, se intuye que muchos de ellos conocen las normas que regulan la entrada de los extranjeros, la estancia y la permanencia regular en el territorio del Estado, sin tener, por el contrario, una mínima idea de la existencia de los instrumentos jurídicos dirigidos a reconocer la existencia de una discriminación en el ámbito laboral. La falta de información y el escaso conocimiento de los propios derechos explicarían, más racionalmente, la ausencia de contencioso en la materia⁷⁴.

Entre los pocos pronunciamientos sobre el tema, destaca el más o menos reciente de un Tribunal de Turín, que constató el comportamiento discriminatorio de la empresa demandada, frente a una ciudadana marroquí, contratada como dependiente de un supermercado, que vio rechazada la conversión de la relación laboral por tiempo determinado en relación por tiempo indefinido, a diferencia de lo que había sucedido con sus compañeros italianos, que fueron estabilizados, en cambio, con la contratación definitiva⁷⁵.

Sin embargo, una sola o esporádica decisión no puede, ciertamente, actuar como freno para los empleadores, ni puede servir para animar a los

⁷⁴ Véase Comisión Europea, *Relazione della Commissione Europea al Parlamento e al Consiglio*, cit.; R. CILLO, F. DELLA PUPPA, *Come applicano la Race Equality Directive i sindacati e le imprese in Italia?*, en *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, a cargo de M. FERRERO, F. PEROCCO, Milán, Franco Angeli, 2011, p. 173 ss.; M. FERRERO, A. GUARISO, *Dal diritto penale speciale alla tutela civile contro le discriminazioni razziali*, en *Razzismo al lavoro, o.l.c.*, p. 210 ss.

⁷⁵ A. GUARISO, *Parità di trattamento e discriminazioni: le risposte della giurisprudenza 2016-2017*, cit., p. 179.

trabajadores a recurrir ante las autoridades competentes. La precariedad y la vulnerabilidad del trabajador extranjero representan, al mismo tiempo, causa y efecto de los comportamientos discriminatorios y también, a menudo, el principal motivo de la difícil emersión de las discriminaciones en el trabajo, especialmente en el sector privado.

VII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Analizados los principales puntos de crítica de la relación inmigración-mercado de trabajo (incluyendo el trabajo irregular, el «*caporalato*» y las prácticas discriminatorias), debemos contrastar otros datos relativos a la presencia de los inmigrantes en el país.

Supuesta la aplicación de buenas prácticas de acogida y de convivencia que respeten la dignidad del migrante, la identidad cultural y la seguridad de la sociedad de acogida, el país de llegada podría obtener beneficios económicos del fenómeno migratorio.

Aunque hoy se discuta principalmente, o casi exclusivamente, acerca del tema urgente relativo a los demandantes de asilo, a los refugiados y a los clandestinos, es preciso no olvidar que en el territorio nacional también residen personas migrantes en situación de regularidad que trabajan y contribuyen al incremento de los ingresos fiscales y de seguridad social del país.

En concreto, en 2015, los trabajadores extranjeros produjeron cerca de 127 mil millones de euros, igual al 8,8% del conjunto de la riqueza. En lo que se refiere a los ingresos fiscales, más de dos millones de contribuyentes extranjeros (excluyendo los ciudadanos italianos nacidos en el exterior) han declarado rentas por un valor igual a 27,3 mil millones de euros, y han pagado impuestos sobre la renta por 3,2 mil millones de euros, sin contar todas las otras vías que implican igualmente un ingreso para el Estado (por ejemplo, los impuestos indirectos sobre el consumo, los impuestos sobre carburantes, los gastos por la expedición o la renovación de los permisos de residencia).

Además, los datos sobre seguridad social demuestran que el contingente inmigratorio, de edad media claramente inferior respecto al autóctono (31-33 años para los extranjeros, frente a los 44 de los italianos), ha potenciado las cajas estatales con las cotizaciones pagadas por los trabajadores (11,5 mil millones de euros en 2015), cuya edad joven permite incrementar las entradas y reducir las salidas (en forma de pensiones)⁷⁶.

⁷⁶ FONDAZIONE LEONE MORESSA, A. STUPPINI, *L'impatto economico e fiscale dell'immigrazione*, en *Dossier statistico Immigrazione 2017*, a cargo de Centro Studi e Ricerche ACDCT, VOL. X (2018), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 17-44

Dichas informaciones deberían hacer considerar, o reconsiderar, el fenómeno migratorio no sólo en términos de costes o desventajas: aunque el gasto público por la acogida no sea verdaderamente irrisorio (2,7 mil millones en 2015), hay que reconocer que los ingresos han alcanzado cifras de no poca entidad, que inciden positivamente en el bienestar económico del Estado y que, en cifras, son incluso superiores a los registros de los gastos⁷⁷.

Por otra parte, se «impone» una convivencia multiétnica también en el mercado de trabajo: aunque el sistema político tienda a cerrar los canales a la migración económica, se prolonga la solicitud de mano de obra exterior por parte del sector productivo, que encuentra dificultades cada vez mayores para localizar, entre los nativos, la fuerza de trabajo necesaria para los trabajos menos cualificados⁷⁸; las personas del lugar, como ya se ha dicho más veces, pueden disfrutar de las reservas económicas familiares, que les permiten concurrir y esperar períodos, también a medio y largo plazo, para obtener una posición social y laboral que se corresponda con el nivel de formación adquirido.

Considerando, además, que una sociedad homogénea sólo puede representar un resultado utópico, sería lícito esperar de un país civilizado y avanzado, como el nuestro, una cierta atención hacia el fenómeno de las discriminaciones de base étnica y racial directamente conectado, influenciado y, quizá en los últimos tiempos, potenciado por los flujos migratorios de llegada.

Con la tutela antidiscriminatoria, en efecto, el Derecho de la Unión y el nacional han intervenido directamente sobre los aspectos de la vida cotidiana en los que, a menudo, se consolidan las prácticas discriminatorias.

A pesar de ello, de las concretas experiencias en el ámbito nacional afloran aún todas las dificultades de emersión de las discriminaciones, especialmente en lo laboral. Esto podría significar que el Derecho antidiscriminatorio, y la legislación que se inspira en él, no bastan para asegurar un grado real de efectividad de la tutela. La garantía de tutela de los derechos pasa necesariamente por la garantía de los mismos, los cuales, sólo si pasan a formar parte del conocimiento de todos los individuos, también de los más vulnerables, pueden obtener reconocimiento en sede judicial.

IDOS, 2017, pp. 309 y 310. Otro aspecto importante es el relativo al denominado «tesorillo»: los extranjeros que retornan a su patria antes de la edad pensionable (los denominados inmigrantes de retorno) no gozan de las prestaciones de seguridad social en Italia, ni la solicitan en su patria, dejando en las cajas del Estado recursos económicos de no desdeñable valor, véase L. CORAZZA, *Immigrazione e welfare oltre il velo del pregiudizio*, cit., pp. 269-272.

⁷⁷ Para un contraste detallado entre costes y beneficios, véase FONDAZIONE LEONE MORESSA, A. STUPPINI, *L'impatto economico e fiscale dell'immigrazione*, cit., pp. 308-316.

⁷⁸ M. AMBROSINI, *Migrazioni*, cit., p. 52 ss. y p. 71 ss.

Distribuir informaciones sobre la acción antidiscriminatoria es, por tanto, una tarea fundamental que las partes sociales están obligadas a cumplir, tanto en relación con las personas que podrían violar en concreto la ley (es el caso, por ejemplo, de los empleadores), como en relación con las personas que, por causa de su vulnerabilidad (los migrantes, con seguridad), en la mayor parte de los casos no tienen plena consciencia de la tutela antidiscriminatoria y de su derecho a la paridad de trato⁷⁹.

⁷⁹ Sobre las consideraciones relativas a la transposición y a la aplicación de la Directiva 2000/43/CE, véase Comisión Europea, (COM(2014)2), *Relazione della Commissione Europea al Parlamento e al Consiglio*, cit., pp. 2-4, 17.

LA PROTECCIÓN LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES EN ALEMANIA*

[EMPLOYMENT AND SOCIAL SECURITY PROTECTION OF IRREGULAR IMMIGRANTS IN GERMANY]

Holger Brecht-Heitzmann

Fecha de recepción: 2 de febrero de 2018
Fecha de aceptación: 23 de febrero de 2018

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. EMPLEO ILEGAL.- III. SITUACIÓN JURÍDICA.- 1.- DERECHO DEL TRABAJO.- 2. DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.- IV.- OBSTÁCULOS EN LA REALIZACIÓN JURÍDICA.- V. CONCLUSIÓN.

Contents: I. INTRODUCTION.- II. ILLEGAL EMPLOYMENT.- III. LEGAL POSITION.- 1.- EMPLOYMENT LAW.- 2. SOCIAL SECURITY LAW.- IV. IMPEDIMENTS CONCERNING ITS ENFORCEMENT.- V. CONCLUSION.

Resumen: Este trabajo analiza las protecciones que el Derecho alemán del Trabajo otorga a los inmigrantes ilegales. También estudia las protecciones ancladas en el Derecho alemán de la Seguridad Social. Concluye indicando que resulta difícil la exigencia de los derechos, dado que la amenaza de la expulsión condiciona negativamente a los inmigrantes ilegales.

Abstract: *This work analyses the protections German employment law gives to irregular immigrants. It also studies the protections linked to the German social security law. It concludes stating that the enforcement is difficult, given that the threat of the expulsion negatively determines the irregular immigrants.*

Palabras clave: Alemania, Derecho alemán de la Seguridad Social, Derecho alemán del Trabajo, Empleo ilegal, Inmigración

* Traducción al castellano, desde el alemán original, de Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela.

Keywords: *Germany, German social security law, German employment law, Illegal employment, Immigration*

* * *

I. INTRODUCCIÓN

Al tratar de la protección laboral y de seguridad social de los inmigrantes irregulares, se plantea primeramente una dificultad conceptual. El premio Nobel de la Paz Elie Wiesel, fallecido en 2016, ha apuntado acertadamente que el hombre nunca puede ser ilegal¹. Únicamente puede faltar un determinado estatus de residencia o la base jurídica para la actividad retribuida. Consecuentemente, cabe encontrar en la doctrina numerosas perífrasis sobre los afectados: «personas sin papeles de residencia», «migrantes ilegales», «migrantes ilegalizados», «pertenecientes a terceros Estados que se encuentran ilegalmente», «migrantes irregulares», «personas sin estatus de residencia», «personas sin papeles», «sans papiers» o «sin papeles»².

Pero ¿significa la inexistencia del derecho de residencia simultáneamente, también, la falta de la correspondiente protección jurídica para estas personas? Se deduce de la “Wikipedia” alemana, sobre la entrada «Inmigración ilegal y residencia ilegal», que con claridad habría que responder afirmativamente a la cuestión:

«Las entradas sin derecho de residencia conducen a una vida al margen de la seguridad social. Consecuentemente, están sin protección frente a los riesgos más importantes, como el accidente, el desempleo y la enfermedad. [...] Respecto de las condiciones de trabajo, no disfrutaban de ninguna protección laboral y no perciben la retribución correspondiente a sus derechos de actividad».

Desde un punto de vista fáctico, esta descripción parece completamente realista. Las investigaciones de las ciencias sociales muestran que está ampliamente extendida la opinión de que las personas sin estatus de residencia no tienen derechos o, por lo menos, estos últimos no pueden hacerse efectivos³. Pero se plantea la cuestión de si esto también representa la correspondiente ordenación

¹ E. Wiesel, citado según Border Crossing Law Firm, P.C., 2008, <http://nohumanbeingillegal.com/Home.html> (última entrada, 22.12.2017).

² Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi, Einleitung, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 8.

³ D. Vogel, Menschen ohne Aufenthaltsstatus in der Erwerbsarbeit: Eine sozialwissenschaftliche Einführung, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 27. Sobre indefensión fáctica, cfr. también Lederer/Nickel, Illegale Ausländerbeschäftigung in der Bundesrepublik Deutschland, 1997, disponible en FES Library, 2000, <http://library.fes.de/fulltext/asfo/00763009.htm> (última entrada, 22.12.2017).

de su posición jurídica. Incluso cuando, a primera vista, ello implica una contradicción: a las personas que trabajan irregularmente pueden corresponderles derechos legales, que también podrían, llegado el caso, hacer valer ante los tribunales.

En lo que sigue, debe ponerse en su sitio, en primer lugar, el empleo irregular, también desde el punto de vista de las ciencias sociales. Se agregarán conclusiones sobre su situación jurídica, desde el punto de vista del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social. Para concluir, deben discutirse los problemas de la realización judicial del derecho de accionar.

II. EL EMPLEO ILEGAL

El Gobierno federal establece en su Decimotercer Informe sobre las Repercusiones de la Ley para la Lucha contra la Ocupación Ilegal:

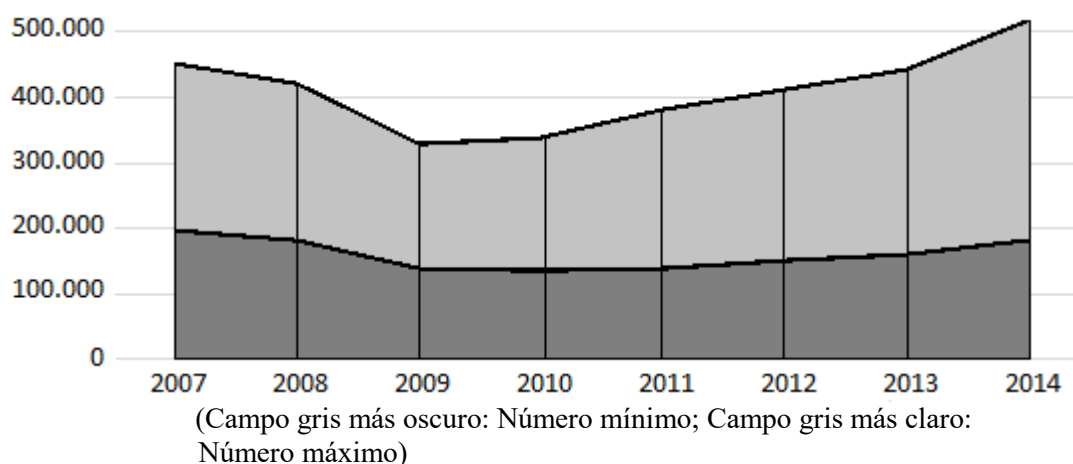
«El alcance y desarrollo del trabajo negro y la ocupación ilegal a medir y a registrar con cifras absolutas, no es posible tradicionalmente. Esto tiene que ver con la naturaleza del trabajo negro, que se desarrolla oculto, como regla, en la economía sumergida, y se escapa a registros estadísticos»⁴.

Al respecto, existen investigaciones que, sobre la base de datos de población activa y estadísticas de la policía criminal, plantean un cómputo aproximado del número de irregulares pertenecientes a otros Estados en Alemania. Según ellas, su número oscilaba en el año 2014 entre un mínimo de 182.000 y un máximo de 516.000 personas (véase, también, el subsiguiente Cuadro 1)⁵. En este caso, no se trata de personas que han conseguido el estatus de residentes sobre la base de datos o papeles falsos, o que son conocidas por las autoridades y estarían jurídicamente obligadas a irse. Más bien, se refieren sólo al cálculo de aquellas personas que viven en Alemania sin el conocimiento de las autoridades de extranjería. Hay que tener en cuenta que sólo una parte de estas personas tiene un trabajo dependiente.

⁴ *Bundesregierung*, Dreizehnter Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung, 6.6.2017, http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Pressemitteilungen/Finanzpolitik/2017/06/2017-06-07-pm-schwarzarbeit-anlage.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (última entrada, 22.12.2017), pág. 5.

⁵ *D. Vogel*, Update report Germany: Estimated number of irregular foreign residents in Germany (2014), julio 2015, Base de datos sobre Migración Irregular, puesta al día del informe, <http://irregular-migration.net/> (última entrada, 22.12.2017).

Cuadro 1: Número calculado de ciudadanos extranjeros que viven irregularmente en Alemania



Fuente: Base de datos de Migración Irregular, 2015

En cuanto a las formas de presentarse el trabajo ilegal, se cuentan en especial las infracciones de las condiciones mínimas de trabajo, como, por ejemplo, las de la Ley del salario mínimo; la cesión ilegal de trabajadores o el empleo ilegal de extranjeros⁶. Sin embargo, en el marco de esta contribución, se abordará sólo el empleo ilegal de extranjeros.

III. SITUACIÓN JURÍDICA

Según el parágrafo 4, apartado 3, inciso 1, de la Ley de Residencia (AufenthG), los extranjeros sólo pueden ejercer una actividad lucrativa cuando el título de residencia les da derecho a ello. En virtud del parágrafo 4, apartado 3, inciso 4, de la Ley de Residencia, los empresarios están obligados, en caso de empleo de extranjeros, a probar la existencia de este requisito. Al respecto, según el parágrafo 4, apartado 3, inciso 5, de la Ley de Residencia, mientras dure el empleo deben conservar la copia del título de residencia, del permiso de trabajo si se trata de trabajo estacional, o del certificado sobre la autorización de residencia o sobre la

⁶ *Bundesregierung*, Dreizehnter Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung, 6.6.2017, http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Pressemitteilungen/Finanzpolitik/2017/06/2017-06-07-pm-schwarzarbeit-anlage.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (última entrada, 22.12.2017), pág. 4 y s.

suspensión de la expulsión del extranjero, en soporte electrónico o en soporte papel. A continuación, debe investigarse qué derechos laborales y de seguridad social pueden existir, a pesar de la prohibición de ocupación lucrativa.

1. DERECHO DEL TRABAJO

Ante todo, se plantea la cuestión de qué repercusiones tiene sobre el contrato de trabajo la falta del título de residencia. Inicialmente, el Tribunal Federal de Trabajo sostuvo que planeaba sobre el contrato de trabajo su ineficacia, cuando al extranjero le faltaba el permiso de trabajo requerido⁷. Pero desde mediados de los años 40, es abundante jurisprudencia firme la de que la falta de exigencias jurídicas a los extranjeros para su empleo no se opone a la eficacia del contrato de trabajo⁸. Esto también se corresponde con la opinión más dominante en la doctrina científica⁹. Más bien, la infracción del Derecho de extranjería conduce únicamente a una prohibición de empleo, a través de la cual no se afectan las prestaciones ya realizadas en el marco de la relación laboral. Por causa de ello, sólo se necesita en caso de prohibición de un empleo duradero una declaración extintiva, para poner fin a la relación laboral¹⁰. Sin embargo, la falta prolongada del título de residencia justifica, como regla, la extinción por razones ligadas a la persona¹¹.

A ello tampoco se opone el que los contratos de trabajo sin título de residencia, típicamente sellados con un apretón de manos, se hayan celebrado sin

⁷ Tribunal Federal de Trabajo de 13.3.1969, 5 AZR 256/68, AP Nr. 4 zu § 35 AVAVG.

⁸ Tribunal Federal de Trabajo de 13.1.1977, 2 AZR 423/75, AP Nr. 2 zu § 19 AFG; Tribunal Federal de Trabajo de 7.2.1990, 2 AZR 359/89, AP Nr. 14 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung.

⁹ BeckOK AuslR/*Breidenbach*, § 98a AufenthG, marg. 1, versión de 1.8.2017; *Däubler*, en: *Däubler/Deinert/Zwanziger*, Kündigungsschutzrecht, 10ª ed., 2017, § 134 BGB, marg. 12; *Heuschmid/Hlava*, en: *Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid*, Arbeitsrecht – Handbuch, 9ª ed., 2017, § 107, marg. 36; *Huber*, Das Arbeitsrecht der illegal beschäftigten Drittstaatsangehörigen, NZA 2012, 477, 478; *Kanalan*, Die illegale Beschäftigung im deutschen Arbeits- und Sozialrecht unter Berücksichtigung von Fragen der sozialen Sicherung, en: *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 92; *Koch*, en: *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 17ª ed., 2017, § 27, marg. 35; *Kocher/Nassibi*, Rechte für Beschäftigte als Sanktionen gegen Arbeitgeber_innen – Eine erste Einschätzung der Neuregelung in § 98a AufenthG, en: *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 136; *Lewek*, Arbeitsrechte für Menschen ohne Papiere in Deutschland, en: *Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi* (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 182; *J. Schubert*, Flüchtlinge und Arbeitsrecht, ArbuR 2015, 430; 434; *Wunderle*, en: *Bergmann/Dienelt*, Ausländerrecht, 11ª ed., 2016, § 98a AufenthG, marg. 4.

¹⁰ *Koch*, en: *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 17ª ed., 2017, § 27, marg. 35; *J. Schubert*, Flüchtlinge und Arbeitsrecht, ArbuR 2015, 430; 435.

¹¹ *Zwanziger*, en: *Däubler/Deinert/Zwanziger*, Kündigungsschutzrecht, 10ª ed., 2017, Art. 3 GG, marg. 24.

un contrato escrito. Pues la forma escrita no es ningún requisito de eficacia del contrato de trabajo. Además, el incumplimiento del párrafo 2 de la Ley de Prueba (NachweisG), según el cual el empresario tiene que documentar por escrito las condiciones contractuales esenciales como muy tarde el mes siguiente al comienzo de la relación laboral, no afecta a la eficacia del contrato de trabajo¹².

La circunstancia de que se trate de empleo ilegal de extranjeros, ordinariamente con trabajo negro, tampoco modifica esto. En virtud del párrafo 1, apartado 2, de la Ley para la lucha contra el trabajo negro (SchwarzArbG), presta trabajo negro quien realiza prestaciones de trabajo o de servicios, o permite que se realicen, e incumple en esa hipótesis, especialmente los deberes fiscales o, en su caso, de seguridad social. Según jurisprudencia constante, los contratos de trabajo no son nulos, a pesar de un acuerdo salarial en negro¹³.

La eficacia del contrato de trabajo la confirmó el párrafo 98a de la Ley de Residencia, promulgado en 2011 para la transposición de la Directiva de Sanciones 2009/52/CE¹⁴. Según el párrafo 98a, apartado 1, inciso 1, de la Ley de Residencia, el empresario está obligado a pagar el salario acordado al extranjero, al que ha empleado con ánimo de lucro sin la autorización requerida. Frecuentemente, sin embargo, lo que se acordó es que los empleados ilegales puedan ser no documentados, o que el salario acordado con el empresario sea intolerablemente bajo. En estos casos, se interpone el párrafo 98a, apartado 2, de la Ley de Residencia, según el cual el salario usual se considera acordado, salvo que el empresario haya acordado de modo admisible con el extranjero un salario más bajo o más alto. Son inadmisibles los salarios por debajo del salario mínimo a que se refiere el párrafo 1 de la Ley del salario mínimo (MiLoG), o del salario convencional de aplicación extendida, al amparo del párrafo 5 de la Ley del convenio colectivo (TVG), sobre declaración de eficacia general, o, en su caso, al amparo de la Ley de desplazamiento del trabajador (AEntG), o del párrafo 3a de la Ley de cesión de trabajadores (AÜG). Además, son nulos los acuerdos salariales contrarios a las buenas costumbres, en virtud del párrafo 138 del Código Civil (BGB), porque ascienden a menos de dos tercios del salario usual¹⁵. Igualmente, son ineficaces los acuerdos salariales que sean más bajos que el salario de un trabajador ordinario comparable¹⁶. Para el incremento hasta el pago usual, puede

¹² Preis, en: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18ª ed., 2018, § 2 NachweisG, marg. 1.

¹³ Tribunal Federal de Trabajo de 26.2.2003, 5 AZR 690/01, AP Nr. 24 zu § 134 BGB; Tribunal Federal de Trabajo de 17.3.2010, 5 AZR 301/09, AP Nr. 1 zu § 14 SGB IV.

¹⁴ Cfr. la motivación de la Ley en BR-Drs. 210/11, 75.

¹⁵ Tribunal Federal de Trabajo de 22.4.2009, 5 AZR 436/08, AP Nr. 64 zu § 138 BGB; al respecto, cfr. también la nota de conformidad de Brecht-Heitzmann, EzA zu § 138 BGB Nr. 5.

¹⁶ Cfr. Zwanziger, Das liebe Geld: erlaubte und verbotene Differenzierung, NZA-Beilage 2012, 108, 109; Zwanziger, en: Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid, Arbeitsrecht – Handbuch, 9ª ed., 2017, § 93, marg. 93.

acudirse, como regla general, a los correspondientes salarios convencionales, ayudándose también de los salarios promediados que se pagan en los sectores respectivos¹⁷.

Claramente problemático es el pago, sin embargo, cuando la prestación laboral no se realizó realmente. Según el parágrafo 615, inciso 1, del BGB, rige la regla de que, en los casos de demora en la aceptación por el empresario, el trabajador puede exigir el salario acordado por los servicios no prestados a consecuencia de la demora, sin que esté obligado a la prestación ulterior. Pero, según el parágrafo 297 del BGB, la prestación hay que realizarla si no ocurre la demora en la aceptación, cuando el deudor no está en condiciones de aceptar. Esto se da en caso de prohibición de empleo, de manera que no existe ningún derecho al salario por demora en la aceptación¹⁸.

También, el derecho al pago continuado del salario en caso de enfermedad, al amparo del parágrafo 3, apartado 1, inciso 1, de la Ley de pago continuado del salario (EFZG), sólo existe cuando el trabajador queda impedido de trabajar, como consecuencia de una enfermedad. En este supuesto, la incapacidad laboral por enfermedad debe ser por una causa no producida al trabajador por su prestación laboral¹⁹. No cabe basarse en ella, a consecuencia de la prohibición de trabajar²⁰.

Hay que valorar de forma distinta la situación respecto del derecho a vacaciones. El parágrafo 1 de la Ley federal de vacaciones (BUrIG) exige únicamente para el correspondiente derecho a vacaciones que exista una relación laboral²¹. En consecuencia, la prohibición de trabajar nada cambia en el derecho a vacaciones²² y, como resultado de ello, en el derecho a la retribución por vacaciones a que se refiere el parágrafo 11 de la Ley federal de vacaciones.

¹⁷ *Keßler*, en: Hofmann, *Ausländerrecht*, 2ª ed., 2016, § 98a AufenthG, marg. 10; *Wunderle*, en: Bergmann/Dienelt, *Ausländerrecht*, 11ª ed., 2016, § 98a AufenthG, marg. 7.

¹⁸ *Kanalan*, Die illegale Beschäftigung im deutschen Arbeits- und Sozialrecht unter Berücksichtigung von Fragen der sozialen Sicherung, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), *Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere*, 2012, pág. 94; *Lewek*, Arbeitsrechte für Menschen ohne Papiere in Deutschland, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), *Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere*, 2012, pág. 187.

¹⁹ Tribunal Federal de Trabajo de 26.6.1996, 5 AZR 872/94, AP Nr. 2 zu § 3 EntgeltFG; *Reinhard*, en: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18ª ed., 2018, § 3 EFZG, marg. 14.

²⁰ Cfr. *Lewek*, Arbeitsrechte für Menschen ohne Papiere in Deutschland, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), *Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere*, 2012, pág. 187.

²¹ *Gallner*, en: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18ª ed., 2018, § 1 BUrIG, marg. 14.

²² *Kanalan*, Die illegale Beschäftigung im deutschen Arbeits- und Sozialrecht unter Berücksichtigung von Fragen der sozialen Sicherung, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores),

En el ámbito de la prevención de riesgos laborales, el punto clave es la existencia de una relación laboral²³; más bien, los empresarios deben observar todas las normas de prevención de riesgos laborales, también en caso de empleo de ilegales.

2. DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En el ámbito de la seguridad social, el párrafo 7, apartado 1, del Libro Cuarto del Código de Seguridad Social (SGB IV) representa la norma básica para delimitar el círculo de personas con deberes de aseguramiento²⁴. Según él, es un empleo el trabajo no autónomo, especialmente en una relación laboral. En este caso, puntos indiciarios son una actividad sujeta a órdenes y la integración en la organización laboral de quien da las órdenes. La validez o, en su caso, eficacia de la situación contractual no es en este sentido necesaria²⁵. Complementariamente, se menciona también, sin embargo, el párrafo 7, apartado 4, del Libro Cuarto del Código de Seguridad Social, introducido para la transposición de la Directiva de sanciones, que presume la existencia de una relación de empleo con deber de aseguramiento social a cambio de un salario, durante un período de tres meses, cuando el empresario emplea con ánimo de lucro a un extranjero sin la necesaria autorización del Derecho de extranjería. Se trata de una presunción rebatible²⁶, que debía conducir a una facilitación importante en caso de cálculo y reclamación posterior de cotizaciones de seguridad social, y para la simplificación del procedimiento administrativo²⁷.

Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 95; también, cfr. *Lewek*, Arbeitsrechte für Menschen ohne Papiere in Deutschland, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 187.

²³ Detalladamente, *Kohte*, en: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3ª ed., 2009, § 291, marg. 1 y ss.

²⁴ *Rolfs*, en: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18ª ed., 2018, § 7 SGB IV, marg. 4.

²⁵ *Berchtold*, Illegale Ausländerbeschäftigung nach der Neufassung von § 7 SGB IV, NZS 2012, 481, 482; *Zieglmeier*, Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 14 SGB IV, marg. 158, actualización 88ª, diciembre 2015.

²⁶ *Baier*, en: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 7 SGB IV, marg. 64, actualización 89ª, agosto 2015; *Marschner*, en: Kreikebohm, SGB IV, 2ª ed., 2014, § 7, marg. 27; *Seewald*, en: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 7 SGB IV, marg. 219, actualización 73ª, abril 2012.

²⁷ BT-Drs. 17/6764, pág. 17; *Baier*, en: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 14 SGB IV, marg. 38, actualización 89ª, agosto 2015; *Zieglmeier*, Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 14 SGB IV, marg. 164 y ss., actualización 88ª, diciembre 2015.

Se complementa con la norma del párrafo 14, apartado 2, inciso 2, del Libro Cuarto del Código, según el cual se considera acordado un salario neto cuando no se han pagado, en caso de relación ilegal de empleo, los impuestos y cotizaciones a los seguros sociales y a la promoción del empleo²⁸. En este sentido, la jurisprudencia exige, sin embargo, que el incumplimiento objetivo de deberes laborales centrales deba ser reprochable al empresario, con el sentido de al menos una intención condicionada²⁹. Pero ésta se da ordinariamente en caso de empleo ilegal de extranjeros, desde el punto de vista del deber de comprobación a que se refiere el párrafo 4, apartado 3, inciso 4, de la Ley de Residencia.

Hay que tener en cuenta el principio de territorialidad, según el cual sólo pueden registrarse aquellos hechos que ocurran en el país³⁰. Según el párrafo 30, apartado 1, del Libro Primero del Código de Seguridad Social (SGB I), respecto de su ámbito de aplicación, se aplican las normas de seguridad social a todas las personas que tengan su domicilio o residencia habitual en Alemania. En relación con ello, una norma especial se encuentra en el párrafo 3 del Libro Cuarto del Código de Seguridad Social³¹. Según el párrafo 3, número 1, del Libro Cuarto del Código, se aplican los preceptos sobre aseguramiento social y derecho al aseguramiento, supuesto que requieran de un empleo, especialmente a todas las personas que se encuentren empleadas dentro del ámbito de aplicación de este Código. El deber de aseguramiento y la adquisición de la prestación no dependen, en consecuencia, de la pertenencia al Estado³², y de ahí que se apliquen también en los casos de empleo de extranjeros ilegales en Alemania.

Según el párrafo 5, apartado 1, número 1, del Libro Quinto del Código de Seguridad Social (SGB V), existe deber de aseguramiento en el seguro legal de enfermedad, respecto de los obreros, empleados y ocupados para su formación profesional, que estén empleados a cambio de un salario. La norma comprende claramente todas las personas que se encuentren en una relación laboral de dependencia, en el sentido del párrafo 7 del Libro Cuarto del Código de Seguridad Social³³. El deber de aseguramiento hay que valorarlo según el salario

²⁸ Sin embargo, esto sólo tiene eficacia jurídica en materia de seguridad social, y no conduce, desde el punto de vista jurídico laboral, a un derecho a ingresos más altos, cfr. Tribunal Federal de Trabajo de 17.3.2010, 5 AZR 301/09, AP Nr. 1 zu § 14 SGB IV.

²⁹ Tribunal Federal de Seguridad Social de 9.11.2011, B 12 R 18/09 R, NZA-RR 2012, 539.

³⁰ *Zieglmeier*, en: *Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht*, § 3 SGB IV, marg. 2, actualización 92ª, diciembre 2016.

³¹ *Marschner*, en: *Kreikebohm, SGB IV*, 2ª ed., 2014, § 3, marg. 2.

³² *Baier*, en: *Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung*, § 3 SGB IV, marg. 4, actualización 76ª, enero 2012; *Koch*, en: *Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch*, 17ª ed., 2017, § 27, marg. 37.

³³ *Baier*, en: *Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung*, § 5 SGB V, marg. 7.

debido, y no según el salario realmente pagado³⁴. La constelación de casos reales no infrecuentes, en que el salario se oculta por su empresario a los empleados sin título de residencia, no modifica en nada el deber de aseguramiento. Tampoco es decisiva la falta de alta en la caja de enfermedad³⁵. De acuerdo con los requisitos del párrafo 10 del Libro Quinto del Código, los familiares están igualmente asegurados (-familiares), cuando tienen su domicilio o residencia habitual en Alemania. Simultáneamente, existe un deber de aseguramiento automático en el seguro social de dependencia, dado que éste se aplica, según el párrafo 20, apartado 1, inciso 1, del Libro Undécimo del Código de Seguridad Social (SGB XI), a los afiliados obligados a asegurarse en el seguro legal de enfermedad. Las prestaciones del seguro de enfermedad y del seguro de dependencia se suspenden, sin embargo, supuesto que los asegurados residan en el extranjero³⁶.

También en el seguro legal de pensiones, según el párrafo 1, número 1, del Libro Sexto del Código de Seguridad Social (SGB VI), están obligadas a asegurarse las personas que están empleadas a cambio de un salario o para su formación profesional. Sin embargo, no les basta a los empleados sin título de residencia un empleo real. Más bien, a efectos de la adquisición de la prestación a que se refieren los párrafos 50, 51 y 55 del Libro Sexto del Código, debe cumplirse el período de carencia de cinco años y deben haber sido pagadas realmente las cotizaciones —en su caso, también con posterioridad³⁷. Es posible, sin embargo, la adquisición de la prestación también desde el extranjero, pues el párrafo 110, apartado 2, del Libro Sexto del Código se basa en el principio de que el titular del derecho con residencia habitual en el extranjero percibe las mismas prestaciones que los titulares del derecho con residencia habitual en el país³⁸.

En el seguro de desempleo, en virtud del párrafo 24, apartado 2, del Libro Tercero del Código de Seguridad Social (SGB III), la relación con deber de aseguramiento empieza el día de comienzo de la relación laboral. Los desempleados perciben el subsidio de desempleo sólo cuando están a disposición

³⁴ *Peters*, en: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 5 SGB V, marg. 12, actualización 96ª, septiembre 2017.

³⁵ *Kanalan*, Die illegale Beschäftigung im deutschen Arbeits- und Sozialrecht unter Berücksichtigung von Fragen der sozialen Sicherung, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 104.

³⁶ Sobre los detalles, cfr. párrafo 16, apartado 1, pág. 1, núm. 1, del Libro Quinto del Código, y párrafo 34, apartado 1, núm. 1, del Libro Undécimo del Código; además, véase *Koch*, en: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 17ª ed., 2017, § 27, marg. 38.

³⁷ *Kanalan*, Die illegale Beschäftigung im deutschen Arbeits- und Sozialrecht unter Berücksichtigung von Fragen der sozialen Sicherung, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 107.

³⁸ *Gürtner*, en: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 110 SGB VI, marg. 6, actualización 79ª, septiembre 2013.

del mercado de trabajo, según el párrafo 138, apartado 1, núm. 3, del Libro Tercero del Código. Al respecto, debe existir un permiso de trabajo, o al menos debe poder esperarse su concesión³⁹. En relación con este requisito, se malogra la adquisición de la prestación para la mayor parte de las personas sin título de residencia.

La amplia protección del Derecho de la Seguridad Social para los empleados sin título de residencia existe, finalmente, en el seguro legal de accidentes de trabajo. Según el párrafo 2, apartado 1, número 1, del Libro Séptimo del Código de Seguridad Social (SGB VII), están asegurados por imperio de la ley. El deber de aseguramiento empieza con la acepción real del empleo, sin que esté sujeto al pago consecuente de las cotizaciones⁴⁰. El pago de las prestaciones se rige por los párrafos 26 y ss. del Libro Séptimo del Código.

IV. OBSTÁCULOS EN LA REALIZACIÓN JURÍDICA

Las consideraciones anteriores han mostrado que la protección jurídica de los extranjeros con una relación laboral ilegal es muy amplia, como generalmente se espera de ello. No obstante, se ayuda menos a los afectados cuando les corresponden pretensiones jurídicas concretas, que estos no pueden realizar, sin embargo, en la práctica. Es grande en ellos la preocupación de que las autoridades de extranjería obtengan el conocimiento de su residencia en Alemania⁴¹, y les amenacen luego con la expulsión⁴². A pesar de todo, hay ejemplos en los que el salario de personas que estaban empleadas incumpliendo el párrafo 4, apartado 3, inciso 1, de la Ley de Residencia, pudo accionarse exitosamente⁴³. Pero en este caso, hay que vencer obstáculos importantes.

³⁹ *Kanalan*, Die illegale Beschäftigung im deutschen Arbeits- und Sozialrecht unter Berücksichtigung von Fragen der sozialen Sicherung, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 108.

⁴⁰ *Kanalan*, Die illegale Beschäftigung im deutschen Arbeits- und Sozialrecht unter Berücksichtigung von Fragen der sozialen Sicherung, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 106.

⁴¹ *Spieß*, Der Schutz irregulärer Migrantinnen und Migranten in ihren Rechten in der Arbeit durch die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention – ein Überblick, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 120.

⁴² *Däubler*, en: Däubler/Deinert/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 10ª ed., 2017, § 134 BGB, marg. 13.

⁴³ *Lewek*, Arbeitsrechte für Menschen ohne Papiere in Deutschland, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 182.

Estos empiezan con la publicidad del lugar de residencia, pues según el parágrafo 253, apartado 2, número 1, de la Ordenanza Procesal Civil (ZPO), en conexión con el parágrafo 46, apartado 2, inciso 1, de la Ley del Tribunal de Trabajo (ArbGG), la demanda debe contener el nombre de las partes. Según jurisprudencia constante, también forman parte del ejercicio ordinario de la acción, por principio, los datos de la dirección del actor, a efectos de notificaciones; si se niegan estos por una mala razón o sin razón suficiente, entonces la acción es inadmisibles⁴⁴. Sin embargo, el Tribunal Federal Constitucional, como consecuencia del derecho fundamental a la protección jurídica efectiva, ha elaborado excepciones convenientes, cuando el afectado no disponía de ningún domicilio fijo, o podían argüirse motivos dignos de protección para la ocultación de su domicilio⁴⁵.

En caso de representación por medio de un abogado residente en Alemania, la acción también puede ejercitarse desde el extranjero con mención de la dirección doméstica⁴⁶.

Puede darse un problema adicional cuando el tribunal de trabajo, al amparo del parágrafo 51, apartado 1, inciso 1, de la Ley del Tribunal de Trabajo, ordena la comparecencia personal de una parte. Entre los motivos de exculpación reconocidos, se cuentan la residencia en el extranjero que sólo hubiera posibilitado el desarrollo de la vista con costes temporales o financieros inadecuados; éste puede ser frecuentemente el caso de partes que tengan su residencia en el extranjero⁴⁷.

Finalmente, hay que tener en cuenta los deberes de notificación de las autoridades y de los tribunales. Así, los servicios públicos a que se refiere el parágrafo 87, apartado 2, inciso 1, número 1, de la Ley de Residencia, tienen que informar inmediatamente a las autoridades competentes de extranjería cuando, en

⁴⁴ Tribunal Federal de Seguridad Social de 31.5.2017, B 5 R 29/16 BH; Tribunal Federal de lo Contencioso-administrativo de 14.2.2012, 9 B 79/11, 9 B 79/11, 9 PKH 7/11, 9 VR 1/12, 9 VR 1/12, 9 PKH 1/12, NJW 2012, 1527; Tribunal Federal Supremo de 9.12.1987, IVb ZR 4/87, AP Nr. 9 zu § 130 ZPO.

⁴⁵ Tribunal Federal Constitucional, 11.11.1999, 1 BvR 1203/99; llevada a la práctica en Tribunal de Trabajo de Estado federado de Hessen 26.1.2015, 16 Sa 731/13.

⁴⁶ *Lewek*, *Arbeitsrechte für Menschen ohne Papiere in Deutschland*, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), *Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere*, 2012, pág. 190; *Spieß*, *Der Schutz irregulärer Migrantinnen und Migranten in ihren Rechten in der Arbeit durch die UN-Wanderarbeiterkonvention – ein Überblick*, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), *Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere*, 2012, pág. 116.

⁴⁷ *Germelmann/Künzl*, en: *Germelmann/Matthes/Prütting, Arbeitsgerichtsgesetz*, 9ª ed., 2017, § 51, marg. 18.

conexión con el cumplimiento de sus funciones, obtienen el conocimiento de la residencia de un extranjero que no tiene el requerido título de residencia y cuya expulsión no está suspendida. El párrafo 116, apartado 1, inciso 1, de la Ordenanza Fiscal (AO) obliga a los tribunales a comunicar a las autoridades financieras los hechos que hayan conocido con ocasión de sus servicios y que permitan concluir que existe una infracción fiscal. Según el párrafo 13, apartado 2, de la Ley para la lucha contra el trabajo negro, los tribunales deben comunicar a los servicios competentes los datos conocidos que sean necesarios, en su opinión, para la persecución de las infracciones administrativas a que se refiere el párrafo 8 de la Ley para la lucha contra el trabajo negro, supuesto que no sea reconocible para el tribunal que predominen intereses dignos de protección del afectado o de otros interesados en el procedimiento, para la exclusión de la comunicación. En este caso, hay que tener en cuenta cómo se aseguran los hechos a comunicar.

En los tres casos citados, sólo existe deber de comunicación cuando el tribunal de trabajo tiene conocimiento indubitado de una infracción. En el procedimiento laboral a resolverse por sentencia, sin embargo, rige el principio dispositivo. De ahí que sólo las partes deciden sobre qué hechos quieren presentar al tribunal, y el tribunal debe limitarse al examen de los medios de defensa y de ataque propuestos⁴⁸. En el caso usual, la cuestión del título de residencia no jugará ningún papel en una acción sobre pago del salario por un trabajo realmente prestado. Ninguna de ambas partes puede en estos casos tener interés en que esta cuestión se discuta, pues precisamente también la parte empresarial se arriesga a sanciones en forma de procedimientos penales o administrativos⁴⁹. La existencia de un acuerdo de salario neto tampoco fundamenta por sí misma la presunción de fraude fiscal⁵⁰.

⁴⁸ Tribunal Federal de Trabajo de 16.3.1972, 5 AZR 435/71, AP Nr. 1 zu § 542 ZPO; Koch, en: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18ª ed., 2018, § 46 ArbGG, marg. 5.

⁴⁹ Detalladamente, Lewek, Arbeitsrechte für Menschen ohne Papiere in Deutschland, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, págs. 192 y s. y 195; por lo tanto, las sanciones pueden ser especialmente penales o administrativas, como el empleo de extranjeros sin título de residencia autorizante (párrafo 404, apartado 2, núm. 3, del Libro Tercero del Código), el empleo de extranjeros sin permiso o sin título de residencia con condiciones de trabajo inadecuadas (párrafo 10 de la Ley para la lucha contra el trabajo negro), actividad profesional de extranjeros sin permiso o sin título de residencia con un alcance más amplio o de extranjeros menores de edad (párrafo 11 de la Ley para la lucha contra el trabajo negro), la no afiliación de un trabajador en el aseguramiento social (párrafo 111, apartado 1, núm. 2, del Libro Cuarto del Código), la ocultación de cotizaciones de seguridad social (párrafo 266a del Código Penal) o el fraude fiscal (párrafo 370 de la Ordenanza Fiscal), así como la exclusión de subvenciones o de encargos públicos, de conformidad con los párrafos 98b y 98c de la Ley de Residencia.

⁵⁰ Lewek, Arbeitsrechte für Menschen ohne Papiere in Deutschland, en: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Editores), Arbeit in der Illegalität: Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, 2012, pág. 193.

Aparte ello, antes de la denuncia, los tribunales deben examinar si se entrometerían de manera fuertemente desproporcionada en los derechos fundamentales de los afectados. *Weichert/Stoppa* afirman en este contexto:

«Con el transcurso de un aviso conminatorio a las autoridades de extranjería, los afectados pueden verse en la situación de tener que renunciar al apoyo público, para no correr ningún peligro de ser expulsados con medidas del Derecho de extranjería. Si existe dicha incompatibilidad de objetivos, entonces la comunicación a que se refiere el párrafo 87 de la Ley de Residencia es inadmisibles»⁵¹.

V. CONCLUSIÓN

Como resumen, cabe sostener que se calcula que aproximadamente entre 200.000 y 500.000 personas pertenecientes a otros Estados viven en Alemania sin conocimiento de las autoridades y sin un título de residencia. En consecuencia, no tienen derecho a ejercer un trabajo. Si concluyen un contrato de trabajo, éste es eficaz; sin embargo, existe una prohibición de trabajar. Por el trabajo realmente prestado, corresponde a estas personas el derecho a retribución. Además de ello, los trabajadores tienen derecho a vacaciones y al pago de la retribución vacacional. Deben cumplirse las normas de prevención de riesgos laborales.

El Derecho de la Seguridad Social basa en el empleo real el deber de aseguramiento. Si ello es conocido con posterioridad por las gestoras de seguridad social, entonces hay que exigir con posterioridad las cotizaciones sociales. A efectos de simplificación, se establece la presunción rebatible de que ha existido empleo durante un período de tres meses. Llegado el caso, a las personas sin título de residencia también les pueden corresponder prestaciones de seguridad social, sobre la base del trabajo realmente realizado.

La realización de los derechos resulta muy difícil, sobre la base de la amenaza de expulsión. Al respecto, con la ayuda de un abogado, es posible la reclamación judicial exitosa del derecho al salario. Esto se aplica especialmente cuando puede afirmarse que la acción se ejercita desde el extranjero con mención de un domicilio doméstico. Pueden ser problemáticos los deberes de notificación del tribunal de trabajo. En este sentido, sin embargo, las partes del litigio tienen a mano no debatir en absoluto la cuestión del derecho de residencia. En relación con ello, también la parte empresarial podría tener interés en evitar un perjuicio propio.

⁵¹ *Weichert/Stoppa*, en: Huber, Aufenthaltsgesetz, 2ª ed., 2016, § 87, marg. 6.

No obstante, los deberes de comunicación podrían provocar una fuerte eficacia intimidatoria, y con ello, obstaculizar el objetivo de la Directiva de sanciones de evitar el beneficio del empresario con el empleo ilegal, y luchar en consecuencia contra la inmigración ilegal. De ahí que se exija a los tribunales de trabajo manejar restrictivamente la comunicación de hechos relevantes del Derecho de extranjería a otras autoridades.

EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA ERA DE LA DIGITALIZACIÓN*

[RIGHT TO PRIVACY IN THE ERA OF DIGITALIZATION]

Viktor Križan

Fecha de recepción: 5 de diciembre de 2017

Fecha de aceptación: 8 de enero de 2018

Resumen: El proceso de digitalización trae no sólo nuevas posibilidades de digitalización, sino también significativos ahorros de tiempo y dinero. En el mundo del trabajo, gracias al rápido desarrollo de las tecnologías, están emergiendo también nuevos métodos y formas de control del trabajo que sirven para monitorizar el uso de la jornada de trabajo, el nivel de observancia de la disciplina laboral y la eficiencia del trabajo ejecutado. Esto trae consigo grandes riesgos asociados con la interferencia de la intimidad de los trabajadores. A la vista de los diferentes modos de controlar y de las formas de control que están presentes en el lugar de trabajo, la cuestión es en qué medida dicha acción puede justificarse por el empresario y viceversa, cuando ya no es posible hablar de una interferencia en los derechos y libertades fundamentales del trabajador, en particular su integridad personal. Definir las fronteras de los intereses legítimos de ambas partes y encontrar una solución aceptable en relación con el ámbito de la necesaria protección de los datos personales y la intimidad del trabajador en el Derecho del Trabajo y en el entorno jurídico actuales es complicado. Es obvio que el derecho a la intimidad de los trabajadores en las relaciones laborales no puede aplicarse sin definición, y tiene sus límites. Por otro lado, el derecho del empresario a interferir en los derechos personales y en la intimidad del trabajador no es ilimitado, y tiene no sólo su valor, sino también límites jurídicos. El objetivo básico de este trabajo es contribuir a una mejor comprensión de la naturaleza de la intimidad de los trabajadores en el uso de la tecnología de la información en el lugar de trabajo.

Abstract: The digitalization process brings not only new communication possibilities, but also significant economic and time savings. In the world of work, thanks to the rapid development of technologies, are also emerging new methods and forms of work control which serve to monitor the use of working time, the level of observance of work discipline and the efficiency of the work performed. This brings with it the great risks associated with interference with the privacy of employees. In view of the different

* Trabajo realizado al amparo del proyecto APVV-15-0066: «New Technologies in the Labour Law and Worker's Protection», investigadora principal Prof. JUDr. Helena Barancová, DrSc. Traducción al castellano, desde el inglés original, de Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela.

ways of monitoring and the forms of control that are present at the workplace, the question is to what extent such action may be justified by the employer and vice versa, when it is no longer possible to talk about an interference with the employee's fundamental rights and freedoms, in particular his personal integrity. Defining the boundaries of the legitimate interests of both parties and finding an acceptable solution in relation to the scope of the necessary protection of employee's privacy and personal data in current labour law and the legal environment is complicated. It is obvious that the right to privacy of employees in employment relations cannot be applied indefinitely and has its limits. On the other hand, the employer's right to interfere with the employee's personality rights and privacy is not unlimited and also has its value but also legal limits. The basic aim of this paper is to contribute to a better understanding of the nature of privacy of employees in the use of information technology in the workplace.

Palabras clave: Internet, Intimidad, Protección de la intimidad, Empresario, Vigilancia de las comunicaciones, Lugar de trabajo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Keywords: *Internet, Privacy, Protection of privacy, Employer, Communication monitoring, Workplace, The European Court of Human Rights (the ECHR)*

* * *

Todo trabajador es una persona natural que posee derechos personales, pudiendo comprenderse en ellos «todas las reglas jurídicas que rigen el Derecho, ya se trate de derechos parciales, cuyo objeto es la personalidad de una persona natural como un todo, ya se trate de los valores individuales que forman parte de la integridad física y moral general de la personalidad de toda persona natural, en cuanto que individualidad y soberanía, y cuyos sujetos tienen idéntico estatus jurídico y autonomía esencial de voluntad respecto de otros entes (personas naturales o jurídicas)»¹. La naturaleza específica de los derechos individuales reposa en su objeto específico, que se relaciona con su titular respectivo, *i.e.*, el hombre y su personalidad.

Bajo la protección de la personalidad de toda persona natural, es posible comprender la protección de la vida y la salud del hombre, el honor y la dignidad humana, la intimidad, la aceptación social y, por último, pero no menos importante, todas las expresiones de la naturaleza personal. Estos elementos de la personalidad humana no son independientes entre sí, y su posición no puede percibirse sin un análisis de sus relaciones mutuas. La protección de la personalidad está conectada y se refiere a toda la gama de sectores jurídicos, sin excluir al Derecho del Trabajo, lo que lleva a la conclusión de que la personalidad de un individuo es un concepto complejo y protegido como un todo.

El derecho a la intimidad puede considerarse como uno de los derechos de la personalidad más extenso, porque la interferencia con la intimidad provoca la interferencia con otros derechos de la personalidad. Puede incluir parcialmente los derechos morales más importantes, que están vinculados a la prestación de trabajo dependiente del trabajador para el empresario. El empresario invoca frecuentemente la protección de sus propios intereses, y en particular, la protección de la propiedad, con interferencia sobre los derechos particulares del trabajador, lo que amplía la perspectiva sobre la vida privada del trabajador. Por eso, el trabajador que realiza su trabajo en las instalaciones privadas del empresario utilizando los medios de producción provistos por él se encuentra en una posición desventajosa.

Con la llegada masiva de la tecnología de la información, la noción de intimidad contenida en el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, «el Convenio») se convierte justamente de nuevo en tema de debate público. La protección de la intimidad en la sociedad de la información adquirió totalmente nuevas dimensiones y especificidades, y sería ingenuo pensar que el ámbito de la intimidad permanece intocado por el progreso tecnológico.

¹ KNAP, K. ŠVESTKA, J. JEHLIČKA, O. PAVLÍK, P. PLECITÝ, V.: *Ochrana osobnosti podle občanského práva*. 4. podstatně přepracované a doplněné vyd. Praha: Linde, 2004, p. 57.

El contenido explícito de la definición de «intimidad» y «derecho a la intimidad» no existe todavía². En la teoría jurídica, «intimidad» es semánticamente un concepto abierto. La razón es que el concepto es similar a otros conceptos jurídicos (p.ej., justicia, dignidad, etc.), cuyo común denominador es que todo intento de aclarar y precisar la definición no puede evitar anomalías. Todo principio tiene de hecho alguna excepción, lo que significa que, para dichos conceptos jurídicos generales, entre los cuales podemos incluir la intimidad y sus contenidos que también tocan valores que dan color a nuestra cultura jurídica, la creación de una definición exhaustiva de intimidad no es un objetivo deseable. Por eso, una cierta porción de la palabra intimidad permanecerá necesariamente oculta, y la intimidad permanecerá semánticamente de cara al futuro como un concepto abierto.

Si intentáramos crear una definición más comprensiva, la intimidad podría ser generalmente entendida como el derecho a la inviolabilidad de la persona, hogar, familia y relaciones de cada uno, pero también como el derecho a determinar cómo y en qué medida la información sobre la persona se transmitirá a otros. Sin embargo, no está claro en esta definición qué formas de interferencia pueden considerarse incumplimientos del derecho a la intimidad, ni es posible determinar precisamente en qué medida este derecho pertenece a las personas. Como parte del derecho a la intimidad, podemos considerar también el derecho al anonimato, a la soledad y a la discreción, en cuanto que manifestaciones de la personalidad, independencia, integridad y dignidad del individuo³.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «el TEDH») es la base más frecuente para definir el contenido de la expresión «derecho a la intimidad» en la teoría jurídica, pero también en la práctica del Derecho internacional y nacional. El desarrollo gradual de la jurisprudencia del TEDH condujo a una ampliación del concepto de intimidad, desde el área de la familia y las relaciones emocionales de las personas a las relaciones laborales, *i.e.*, lugares de trabajo, y hoy, bajo el término intimidad puede comprenderse incluso la inviolabilidad del domicilio, que sirve como lugar de trabajo privado, la protección del secreto, pero también, p.ej. el secreto profesional. El derecho a la intimidad es la esfera en la que el individuo a su entera discreción puede decidir qué información se pondrá a disponibilidad de otros, ya físicamente (en su caso, directamente), o informando a otros sobre ella (en su caso, información mediata). El concepto de intimidad y de vida privada de una persona no puede desconectarse de las relaciones que una persona crea con otros seres humanos. La intimidad representa «una cierta esfera de integridad del individuo y

² BARANCOVÁ, H.: *Monitorovanie zamestnancov a ochrana súkromného života v judikatúre európskych súdov*. En BARANCOVÁ, H. a kol.: *Monitorovanie zamestnancov a právo na súkromný život*. Bratislava: Sprint dva, 2010, p. 18.

³ Véase FORD, M.: *Two Conceptions of Worker Privacy*. *Industrial Law Journal*, Vol. 31, No. 2, June 2002, [cit. 13. 10. 2016]. Disponible en <http://ilj.oxfordjournals.org/content/31/2/135.full.pdf+html>.

de las personas a las que quiere, que rodea al propio individuo, sin que importe donde esté»⁴. Todo lo que una persona no está obligada a hacer disponible o a revelar a otra puede incluirse en la intimidad.

En la jurisprudencia del TEDH, pueden observarse tres niveles de comprensión de ese concepto, que son una manifestación de la llamada vida privada de la persona: libertad para decidir sobre el propio cuerpo⁵, protección de la intimidad (por causa de que esto incluye en concreto la protección de las personas en sus comunicaciones individuales con otras⁶, esta dimensión es la más conectada con las relaciones laborales) y el derecho a un estilo de vida independiente.

El TEDH aborda el derecho a la vida privada en la decisión del caso *Niemietz v. Alemania*⁷, en el que «no la consideró posible o necesaria para intentar una definición exhaustiva de la noción de “vida privada”». Como continúa afirmando el TEDH, «sería muy restrictivo limitar la noción a un “círculo interno” en el que el individuo puede vivir su propia vida personal como él elija, y excluir de ella totalmente el mundo exterior no comprendido en ese círculo. El respeto de la vida privada también debe comprender de algún modo el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Aparece entonces, además, que no hay razón de principio por la que esta idea de la noción de “vida privada” debería tomarse para excluir las actividades de naturaleza profesional o empresarial, dado que ello está, después de todo, en el curso de las vidas laborales de la mayoría de la gente, que tiene una oportunidad significativa, e incluso muy importante, de desarrollar relaciones con el mundo exterior».

Por otro lado, el Tribunal Constitucional de la República Checa, en una decisión de 31 marzo 2009⁸, expresó la opinión de que el derecho a la intimidad en las esferas personal y familiar no puede automáticamente deducirse del derecho a la intimidad en el lugar de trabajo. Justificó su decisión afirmando que «el derecho a la protección frente a la interferencia injustificada de la intimidad se aplica, como regla, a casos de interferencia en la esfera privada y familiar, en los que la persona expresa libremente y autónomamente su personalidad. En esta área, sin embargo, no está en una situación como la del ambiente en que el empresario desarrolla y lleva a cabo funciones de naturaleza laboral. En la misma línea, el secreto de la correspondencia, el secreto de documentos y otros registros, el secreto de la información comunicada por teléfono, telégrafo u otros instrumentos similares, no puede extenderse a las actividades que son por su propia naturaleza actividades laborales». Sin embargo, desde que se dictó esta decisión, ya se ha adoptado el

⁴ ÚŘAD PRO OCHRANU OSOBNÍCH ÚDAJŮ: Stanovisko č. 1/2008. Úřad pro ochranu osobních údajů, [cit. 13. 10. 2016]. Disponible en https://www.uoou.cz/files/stanovisko_2008_1.pdf.

⁵ *Goodwin v. The United Kingdom*, application No. 28957/95.

⁶ *Klass and others. v. Germany*, application No. 5029/71.

⁷ *Niemietz v. Germany*, application No. 13710/88.

⁸ Referencia oficial I. ÚS. 452/09.

nuevo Código Civil checo⁹, según el cual los pactos que violen las buenas costumbres, el orden público o el derecho relativo a las personas, incluido el derecho a la intimidad, están prohibidos¹⁰.

El concepto de intimidad formulado en *Niemietz v. Germany* y otras decisiones similares del TEDH muestra que la vida laboral es un aspecto importante y central de la vida privada, y cae dentro del concepto de intimidad en cuanto tal¹¹. En el caso *Copland v. United Kingdom*¹², la actitud para comprender el concepto de intimidad no se expresó claramente en favor del trabajador, al aceptar que en algunas situaciones específicas, especialmente si fuese necesario para lograr objetivos legítimos, puede interferir de modo aceptable en la vida privada. En esa decisión, sin embargo, también se indicó que el concepto de vida privada y la correspondencia dentro del significado del artículo 8, apartado 1, del Convenio pueden incluir, adicionalmente, las llamadas telefónicas, el uso del correo electrónico e Internet. El TEDH afirmó que incluso si los datos recogidos no se usaron luego, la propia recogida de datos puede calificarse como interferencia en la vida privada.

Con base en el estudio de casos, según la jurisprudencia del TEDH, el derecho a la vida privada incluye en concreto la prohibición de recoger y almacenar datos personales¹³, los derechos asociados con minorías sexuales, el derecho a proteger donde asentarse y los hogares privados¹⁴, el derecho a la protección de la correspondencia y la inviolabilidad de los mensajes o el derecho a la protección del entorno¹⁵.

La creación de una definición comprensiva de «intimidad», con amparo en la jurisprudencia, es aún muy difícil de lograr e, incluso, completamente falta de realismo. En la era de la información, hay nuevas oportunidades que abren camino a nuevas posibilidades, que hacen posible interferir en la intimidad del individuo. Por eso, somos hoy capaces de observar una tendencia expansiva y una interpretación extensiva de este término, de manera que se abarque la mayoría de casos en que hay interferencia en la esfera privada de las personas. Esta

⁹ Ley No. 89/2012, del Código Civil.

¹⁰ ŠIMEČKOVÁ, E., JORDÁNOVÁ, J.: *Násilí na pracovišti a jeho řešení na v právním řádu České republiky, Francie a Itálie*. Praha: Leges, 2015, p. 50.

¹¹ Igualmente, en *Amann v. Switzerland*, application No. 27798/95, donde el TEDH definió aquel concepto, estableciendo que «no hay razón de principio para justificar la exclusión de actividades de naturaleza profesional de la noción de “vida privada”».

¹² *Copland v. The United Kingdom*, application No. 62617/00.

¹³ Véase *Malone v. The United Kingdom*, application No. 8691/79, *Amann v. Switzerland*, application No. 27798/95, *Rotaru v. Romania*, application No. 28341/95.

¹⁴ Como mencionamos, el concepto de vida privada y del hogar necesita ser interpretada, en virtud del artículo 8, apartado 1, del Convenio, también en el sentido de cubrir lugares y sitios de actividad profesional o comercial.

¹⁵ SVÁK, J.: *Ochrana ľudských práv (z pohľadu judikatúry a doktríny štrasburských orgánov ochrany práv)*. II. rozšírené vydanie. Žilina: Poradca podnikateľa, 2006, p. 592.

aproximación puede considerarse correcta, aunque la protección no debería ser desproporcionada, y en cada caso es necesario examinar y definir cuidadosamente sus límites, en orden a prevenir daños y la violación de derechos fundamentales de otros. La cuestión es si la intimidación debería protegerse menos, así como más, que el derecho a la propiedad de otra persona con la que el derecho a la intimidad entre en colisión. Esta cuestión también se plantea en el contexto de las relaciones laborales.

Buscando una respuesta a esta cuestión, cabe encontrar dos grupos de opiniones. El primero se basa en la idea de que el derecho a la propiedad privada de cada uno es un concepto más amplio, más básico y más original, del que deriva el derecho a la intimidad. La opinión contraria expresa el concepto de que el derecho a la intimidad es, al igual que los derechos de propiedad, un derecho y libertad humanos fundamentales e inalienables, que incluso tiene una posición más fuerte¹⁶. La supremacía del derecho a la intimidad se está incrementando incluso en el Derecho de la Unión Europea, pero en la aplicación práctica están surgiendo esfuerzos para lograr la mayor protección posible del derecho de propiedad del empresario (p.ej., a través de acuerdos contractuales, en las negociaciones en las que el trabajador está en la posición de parte contractual más débil).

En nuestra opinión, el derecho a la intimidad es un derecho especial de la personalidad que puede ser considerado, en las relaciones laborales, como superior frente a la protección del derecho de propiedad del empresario. Como indicamos antes, el derecho a la intimidad es el derecho de la personalidad más amplio y también más universal, porque en caso de interferencia en el derecho a la intimidad, también se produce la interferencia con otros derechos de la personalidad. Por otro lado, reconocemos que este derecho tiene límites, y en caso de colisión de estos dos derechos, los principios de legalidad, legitimidad y proporcionalidad no pueden desconocerse, lo que suministraría al menos un equilibrio parcial entre la protección de la intimidad y de la propiedad. La proporcionalidad nos impide favorecer sólo uno de ellos, a efectos de lograr la respuesta final a la cuestión de cuál de los dos derechos merece una mayor protección. Esta conclusión también puede apoyarse en las decisiones del TEDH, que permite las medidas necesarias para proteger los derechos de propiedad del empresario, que ostentan los empresarios para realizar su actividad, aunque respetando los principios de legalidad y de legitimidad.

Los empresarios pueden usar para el control de sus trabajadores una variedad de métodos de control, a través de instrumentos de vigilancia y de medidas de vigilancia que restrinjan las características (físicas y mentales) de los trabajadores. Los procedimientos de control que afectan a un amplio espectro de

¹⁶ Cfr. MORÁVEK, J.: *Možnosti monitorování zaměstnanců na pracovišti v právním rádu České republiky*. In: BARANCOVÁ, H. a kol.: *Monitorovanie zamestnancov a právo na súkromný život*. Bratislava: Sprint dva, 2010, p. 45.

vidas privadas de los trabajadores pueden dividirse claramente en dos categorías¹⁷. La primera categoría son las medidas de control que incluyen instrumentos de vigilancia y medidas para la vigilancia de los trabajadores (que tienen importancia creciente en los tiempos de la sociedad de la información), mientras que la segunda categoría se refiere a las restricciones y exigencias personales (de conducta) de los trabajadores (p.ej., prohibiciones de fumar, restricciones a engordar, exigencias de aptitud física, restricciones sobre el aspecto personal y la prohibición de relaciones emocionales e íntimas en el lugar de trabajo).

En conexión con el desarrollo de la tecnología e informatización de la sociedad, los empresarios necesitan un control creciente de sus trabajadores en cuanto que se adhieren a la disciplina laboral, si la jornada y los medios de trabajo disponibles se usan exclusivamente para realizar trabajo para el empresario.

La forma más común de abuso de los equipos de trabajo electrónico de los trabajadores es utilizar el e-mail del trabajo para un uso personal, para compras online o para navegar en Internet y en redes sociales durante la jornada. No hay duda de que los empresarios tienen derecho a controlar de modo apropiado cómo gestionan los trabajadores los valores ligados al trabajo. La vigilancia del trabajador debería ser efectiva, transparente y proporcionada, la invasión de la intimidad debe cumplir las exigencias impuestas por los principios de legalidad, legitimidad y proporcionalidad, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH.

Al considerar la vigilancia de la comunicación por e-mail, debe subrayarse que el equipo de trabajo asignado no legitima al trabajador en el puesto de trabajo para el uso de correspondencia privada o comunicación por e-mail¹⁸. El negocio por e-mail debe distinguirse claramente del e-mail privado. En principio, una cuenta de e-mail para negocios debe utilizarse exclusivamente para trabajar, salvo que el empresario permita expresamente el uso de direcciones laborales de e-mail para propósitos privados. Puede incluso presumirse que la correspondencia, incluido el e-mail enviado en el lugar de trabajo, debería considerarse como comunicación de negocios y no está sujeta a la protección de la intimidad del trabajador, salvo que las circunstancias indiquen que lo contrario es cierto¹⁹. Puede concluirse de esto que el contenido de los e-mails laborales puede abrirse y

¹⁷ COHEN, C. F. - COHEN, M. E. On-duty and Off-duty: Employee Right to Privacy and Employer's Right to Control the Private Sector. En *Employee Responsibilities and Rights Journal*, 11/2007. p. 236-237.

¹⁸ Cfr. artículo 81 de la Ley No. 311/2001, del Código del Trabajo, enmendado (en adelante, «el Código del Trabajo»), según el cual el trabajador está obligado a utilizar el tiempo de trabajo para el trabajo asignado, para adherirse a las regulaciones legales y demás regulaciones relativas al trabajo que realice, si está adecuadamente familiarizado con ello, y para gestionar adecuadamente los recursos que le confía el empresario, así como para proteger la propiedad del empresario frente al daño, la pérdida, la destrucción y el abuso, y no actuar en contradicción con los intereses justificados del empresario.

¹⁹ MORÁVEK, J. *Ochrana osobních údajů v pracovněprávních vztazích*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, p. 406.

controlarse legalmente por el empresario o por el superior en cualquier momento. Por otro lado, también hay opiniones relativas a que el empresario puede abrir e-mails privados enviados, sólo si el trabajador fue advertido con anterioridad de que su cuenta de correo iba a ser controlada. Cuando el empresario autoriza explícitamente el uso de un e-mail de empresa para propósitos privados, y sobre la base de signos de identificación del mensaje, tales como quién lo envía, tema del mensaje, saludo del beneficiario, es evidente que esto es un e-mail privado; bajo estas circunstancias, el empresario no tiene derecho a abrir y ver el contenido de dicha comunicación.

Como ya dijimos, en el caso *Copland v. United Kingdom*²⁰, el TEDH sostuvo que en el concepto de vida privada la correspondencia con el significado del artículo 8 del Convenio puede incluir, excepto llamadas telefónicas, también el uso del e-mail y de Internet. Una comunicación por e-mail debería considerarse como un documento, y su contenido está sujeto a la protección del secreto de la correspondencia y el secreto de las comunicaciones. El TEDH también estableció que, aunque ya no se usase la recogida de datos, la mera recogida de datos puede ser mirada como una interferencia en la vida privada. El TEDH concluyó, por último, que la vigilancia de actividades de trabajadores específicos en el lugar de trabajo no fue anunciada con anticipación y en el momento de la interferencia con la intimidad del solicitante no podían considerarse actividad lícita del empresario a efectos del control de llamadas telefónicas o el uso de Internet, constituyendo ello una infracción de los derechos garantizados por el artículo 8 del Convenio.

Sin embargo, el TEDH admitió que, en algunas situaciones específicas, especialmente si es necesario lograr objetivos legítimos, puede haber una interferencia aceptable en la vida privada. Con esta decisión, el TEDH estimuló las discusiones acerca de qué criterios deberían elegirse, con la finalidad de ser capaces de valorar la legitimidad, pero también la aceptabilidad, de la interferencia en la intimidad al controlar el e-mail del trabajador.

Por eso, un empresario que está controlando el uso de Internet en el lugar de trabajo, ejercita de manera completamente legítima y lícita su derecho de control, si el trabajador ejercita debidamente sus obligaciones al amparo de su contrato de trabajo. Si decide introducir el seguimiento del trabajador en Internet, antes de nada, sin embargo, debería priorizar medidas para impedir el acceso del trabajador a sitios web y aplicaciones que no necesite para cumplir su trabajo. De modo parecido, el empresario puede permitir directamente en el contrato de trabajo o en el reglamento interno de la empresa el uso de fondos fiables para uso personal, *i.e.*, el acceso no restringido a Internet o sólo visitar sitios selectos durante las horas de trabajo (en todo o en parte) o tras cumplirlas. En dicho caso,

²⁰ *Copland v. The United Kingdom*, application No. 62617/00.

puede ser lógico concluir que el control del empresario no será admisible en la medida en que interfiera con la esfera privada del trabajador²¹.

Sin embargo, el aspecto económico de dichas medidas es crucial para poner en práctica tales medidas por los empresarios. No es justo insistir en dichas medidas, si debiesen acompañarse de costes o esfuerzos desproporcionados. Dicha situación puede ocurrir fácilmente cuando el trabajador usa normalmente en su trabajo Internet y, al mismo tiempo, no es claro anticipadamente qué páginas son necesarias para su trabajo, o no puede determinarse anticipadamente qué sitios considera permitidos el empresario. Sin embargo, una vez que la obligación de información se ha cumplido, el empresario puede procesar datos personales que caigan en el ámbito de la fecha, horas y cantidad de tiempo empleados navegando a través de ciertos sitios web, en el contexto del control de la actividad de movimientos del trabajador en Internet, exclusivamente en relación con aquéllos que el trabajador no necesite primariamente para trabajar. En el caso de costes desproporcionados, sin embargo, tampoco puede mantenerse esta exigencia.

En relación con el control del contenido de las comunicaciones, en enero de 2016 la Sección Cuarta del TEDH dictó una decisión bastante sorprendente y rudimentaria en el caso *Bărbulescu v. Romania*²², al amparo del cual el empresario puede, en concretas circunstancias, controlar también el contenido de las comunicaciones privadas de sus trabajadores. El TEDH sostuvo que, aunque hubo interferencia del empresario en el derecho del trabajador a que se respeten su vida y correspondencia privadas, no había incumplimiento del artículo 8 del Convenio. Según la Sección Cuarta del TEDH, el control era justificado y proporcionado, porque el empresario quería verificar si los trabajadores cumplen sus deberes durante las horas de trabajo, y que el contenido de la comunicación en cuestión estaba relacionado con los clientes. La adecuación se refería al hecho de que el control de la comunicación era el único medio para determinar si hubo un incumplimiento de la disciplina.

Esta decisión fue un logro en lo relativo a en qué medida los empresarios pueden controlar a sus trabajadores. Con base en ella, el empresario puede no solamente controlar qué clase de sitios web o redes sociales el trabajador visita en el trabajo, sino también el contenido de esta comunicación. Al mismo tiempo, sin embargo, debería mencionarse que esta decisión de la Sección Cuarta del TEDH sigue su jurisprudencia previa sobre asuntos similares, que al permitir que puedan leerse sin límites todos los e-mails del trabajador, no supone un giro sorpresivo, sino que es necesario distinguir al mismo tiempo las circunstancias de los casos individuales (tales como la prohibición absoluta de usar el ordenador con fines privados, como ocurría en este caso).

²¹ De manera apropiada, lo que antes se mencionó se aplica al uso del e-mail para fines privados.

²² *Bărbulescu v. Romania*, application No. 61496/08.

También debería mencionarse el voto particular anexo de un Juez, por el que una aproximación al uso de Internet en el lugar de trabajo centrada en los derechos humanos garantiza un marco regulador interno transparente, una política de puesta en práctica congruente y una ejecución proporcionada de la estrategia de los empresarios. Tales marco regulador, política y estrategia estaban completamente ausentes en el caso, y por eso considera que la medida de control ad hoc del empresario era una invasión drástica de la intimidad, en la que los tribunales nacionales conscientemente y oportunísticamente encuentran justificación para echar a un trabajador no querido, a quien la empresa no era capaz de despedir por medios lícitos.

El caso se sometió a la Gran Sala el 6 junio 2016, pero alcanzó una conclusión diferente. El TEDH considera al principio que el Derecho del Trabajo tiene características específicas que deben ser tenidas en cuenta. La relación empresario-trabajador es contractual, con derechos y obligaciones específicas en cada lado, y se caracteriza por la subordinación jurídica. Está gobernada por sus propias reglas jurídicas, que se diferencian considerablemente de las generalmente aplicables a las relaciones entre personas. Desde una perspectiva normativa, el Derecho del Trabajo deja espacio a la negociación entre las partes del contrato de trabajo.

Dado que la proporcionalidad y las salvaguardas procedimentales frente a la arbitrariedad eran necesarias, la Gran Sala ha ofrecido sus propios principios generales para valorar el compromiso positivo del Estado, a efectos de asegurar el respeto por la vida y correspondencia privadas en relación con el trabajo²³. En el proceso de adopción de decisiones, los tribunales nacionales deberían tener en cuenta el deber previo de información al trabajador²⁴, la extensión del control y el grado de intrusión en la intimidad del trabajador²⁵, la razón legítima para controlar, el uso de métodos menos invasivos²⁶, las consecuencias del control para los trabajadores sujetos a él y el uso hecho por el empresario de los resultados de la

²³ Cfr. Sentencia de la Gran Sala de 5 septiembre 2017, en *Bărbulescu v. Romania*, application No. 61496/08, marginal 121.

²⁴ Señaladamente, si el trabajador ha sido notificado de la posibilidad de que el empresario podría tomar medidas para el control de la correspondencia y otras comunicaciones, y para la realización de tales medidas. Aunque en la práctica se puede notificar a los trabajadores de diversas maneras, dependiendo de las circunstancias fácticas de cada caso, el TEDH considera que, para que las medidas se consideren compatibles con las exigencias del artículo 8 del Convenio, normalmente la notificación debería ser clara en relación con la naturaleza del control, y ser preavisada.

²⁵ A este respecto, debería hacerse distinción entre el control del flujo de las comunicaciones y el del su contenido. También debería tenerse en cuenta si todas las comunicaciones, o sólo parte de ellas, han sido controladas, así como la cuestión de si el control fue limitado en el tiempo y el del número de personas que han tenido acceso a los resultados. Lo mismo se aplica a los límites espaciales del control.

²⁶ A la luz de las circunstancias concretas de cada caso, debería haber una evaluación de si el objetivo perseguido por el empresario podía haberse conseguido sin acceder directamente al contenido completo de las comunicaciones del trabajador.

operación de control²⁷, y finalmente, la existencia de salvaguardas y protección adecuadas frente a la arbitrariedad²⁸.

Dado que la Gran Sala ha llegado a la conclusión en este caso de que las autoridades nacionales no ofrecían protección adecuada al derecho del instante a que se respetase su vida y correspondencia privadas, y que consecuentemente renunciaban a crear un equilibrio justo entre los intereses en juego, hubo por eso un incumplimiento del artículo 8 del Convenio.

Debe tenerse en cuenta que hay todavía una línea muy fina entre el control aceptable e inaceptable de los trabajadores por el empresario, y que solamente pocos Estados han regulado explícitamente la cuestión del ejercicio por los trabajadores de su derecho a que se respeten su vida y correspondencia privadas en el lugar de trabajo.

Al valorar esta cuestión, en nuestra opinión, queda aún pendiente la cuestión fundamental de que debe darse al trabajador una notificación previa del mecanismo de control, con reglas claramente definidas. El trabajador debería conocer al menos qué instrumentos de la empresa serán controlados, y en qué período de tiempo —p.ej., durante las horas de trabajo. El empresario no necesita el consentimiento de los trabajadores, sino que le basta que notifique con anticipación dichas medidas.

La legislación eslovaca cumple esta exigencia. Según el artículo 11 de los Principios Fundamentales del Código de Trabajo, el empresario puede recoger datos personales del trabajador sólo cuando estos se refieran a las cualificaciones y experiencia profesional de los trabajadores, y los datos puedan ser importantes para el trabajo que se espera que los trabajadores van a cumplir, cumplen o han desarrollado. Este principio se desarrolla luego en el artículo 13, apartado 4, del Código de Trabajo, según el cual, salvo en caso de razones graves relativas al carácter específico de las actividades del empresario, el empresario no podrá entrometerse en la intimidad del trabajador en el lugar de trabajo, ni en las áreas comunes del empresario, controlándole, guardando registros de llamadas telefónicas hechas utilizando medios del empresario, y controlando los e-mails enviados desde una dirección de e-mail en el trabajo y entregados a dicha dirección sin dar aviso por anticipado. Si el empresario pone en práctica un mecanismo de control, el empresario consultará a los representantes de los trabajadores sobre la extensión del control, su método de puesta en práctica y su duración, e informará a los trabajadores sobre la extensión del control, su método de puesta en práctica y su duración.

²⁷ En particular, si los resultados se usaron para conseguir el objetivo declarado con la medida.

²⁸ Dichas salvaguardas deberían asegurar, en particular, que el empresario no pueda acceder al contenido actual de las comunicaciones en cuestión, salvo que se haya notificado previamente sobre tal eventualidad al trabajador.

Durante la inspección, el empresario debe elegir medidas y formas apropiadas que no estén en contradicción con la legislación de protección de la intimidad. Siempre y cuando, eso sí, el objetivo perseguido por el mecanismo de control del empresario no pueda conseguirse de otro modo.

Como potencialmente problemática, puede calificarse la cuestión de lo que signifique «el carácter específico de las actividades». La interpretación jurídica de las «razones graves» debería interpretarse sólo como consecuencia directa de la característica específica de las actividades del empresario. La característica específica de las actividades del empresario es una base jurídica de la que pueden deducirse luego razones graves por el empresario. La gravedad de los motivos listados en el artículo 13, apartado 4, del Código de Trabajo debería considerarse en cada caso, según la naturaleza del trabajo, del lugar de trabajo u otras circunstancias, siempre individualmente. Por eso, resulta apropiado que el empresario delinee razones graves para la intervención en la intimidad del trabajador en un reglamento interno, incluso aunque en el caso de conflicto la competencia para decidir si la definición de «razones graves» con arreglo al principio de proporcionalidad corresponda finalmente a los tribunales²⁹. Según MORÁVEK, por carácter específico de la actividad del empresario debería entenderse aquella actividad del empresario con la que estén vinculadas las demandas crecientes sobre la conducta del trabajador (tales como una obligación de confidencialidad, la protección de información clasificada y la protección de los secretos del negocio o del *know-how*). La razón grave consistente en el carácter específico de las actividades del empresario debe interpretarse en relación con las actividades del empresario en sentido estricto, y por tanto con un trabajo concreto, y no con una actividad en sentido más amplio, porque podría darse el caso de que, durante la actividad en sentido amplio, que no fuese tal, quedase justificada una invasión de la intimidad de los trabajadores, por lo que hay un sector de actividad en sentido estricto de las actividades del empresario en el que dicha razón existe³⁰.

CONCLUSIÓN

El derecho a la intimidad es un derecho humano fundamental. En el Derecho del Trabajo, sin embargo, este derecho no es ni puede ser ilimitado. Ello se deriva del conflicto con otro derecho —el derecho del empresario a proteger sus derechos de propiedad (el empresario impide y controla el uso de su propiedad, así como el cumplimiento de la disciplina laboral del trabajador). Por esta razón, es

²⁹ Cf. BARANCOVÁ, H.: *Zákonník práce. Komentár*. 4. vydanie. Bratislava: C. H. Beck, 2015, p. 250.

³⁰ Cf. MORÁVEK, J.: *Možnosti monitorování zaměstnanců na pracovišti v právním rádu České republiky*. En. BARANCOVÁ, H. a kol.: *Monitorovanie zamestnancov a právo na súkromný život*. Bratislava: Sprint dva, 2010, p. 56-57.

necesario buscar un estatus de equilibrio sensible de los derechos mencionados. Con la venida de la tecnología moderna, especialmente Internet, esta tarea se convierte en algo de creciente dificultad.

La jurisprudencia del TEDH exige justificar la intervención por terceros en el ámbito de actuación de la persona a la que se refiere la invasión de la intimidad. Las excepciones a la protección del derecho a la vida privada deben gobernarse por los principios de legitimidad, legalidad y proporcionalidad. El principio de legalidad se cumple al recogerlo la ley. El principio de legitimidad reposa en las razones graves del empresario, originadas en la naturaleza específica de sus actividades. El principio de proporcionalidad limita a la persona que, con un propósito legítimo, interfiere en el derecho humano fundamental —el derecho a la intimidad en orden a actuar sólo en la extensión que sea necesaria para lograr un objetivo legítimo.

Por otro lado, aun cumpliendo estos criterios, esto no significa que el empresario no abuse de su derecho a controlar al trabajador. Por eso, es apropiado tomar medidas que impedirían al empresario adoptar medidas *ad hoc* con la finalidad de deshacerse de trabajadores incómodos, y que consistirían principalmente en reglas bien definidas contenidas en los reglamentos internos de la empresa, de las que el trabajador haya sido adecuadamente informado.

DOCTRINA CIENTÍFICA

— BARANCOVÁ, H.: *Monitorovanie zamestnancov a ochrana súkromného života v judikatúre európskych súdov*. En BARANCOVÁ, H. a kol.: *Monitorovanie zamestnancov a právo na súkromný život*. Bratislava: Sprint dva, 2010.

— BARANCOVÁ, H. a kol.: *Základné práva a slobody v pracovnom práve*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012.

— BARANCOVÁ, H.: *Zákonník práce. Komentár*. 4. vydanie. Bratislava: C.H. Beck, 2015.

— FORD, M.: *Two Conceptions of Worker Privacy*. *Industrial Law Journal*, Vol. 31, No. 2, June 2002.

— KNAP, K. ŠVESTKA, J. JEHLIČKA, O. PAVLÍK, P. PLECITÝ, V.: *Ochrana osobnosti podle občanského práva*. 4. podstatně přepracované a doplněné vyd. Praha: Linde, 2004.

— MORÁVEK, J.: *Ochrana osobních údajů v pracovněprávních vztazích*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013.

— MORÁVEK, J.: *Možnosti monitorování zaměstnanců na pracovišti v právním řádu České republiky*. En: BARANCOVÁ, H. a kol.: *Monitorovanie zamestnancov a právo na súkromný život*. Bratislava: Sprint dva, 2010.

— PAVLÍČEK, V. a kol.: *Ústava a ústavní řád České republiky: komentář*. 2. vyd. Praha: Linde, 1999.

— SVÁK, J.: *Ochrana lidských práv (Z pohľadu judikatury a doktríny štrasburských orgánov ochrany práv)*. II. rozšírené vydanie. Žilina: Poradca podnikateľa, 2006.

— ŠIMEČKOVÁ, E., JORDÁNOVÁ, J.: *Násilí na pracovišti a jeho řešení na v právním řádu České republiky, Francie a Itálie*. Praha: Leges, 2015.

— ÚŘAD PRO OCHRANU OSOBNÍCH ÚDAJŮ: *Stanovisko č. 1/2008*. Úřad pro ochranu osobních údajů.

EL ISLAM COMO FORMA DE DERECHO INTERNACIONALIZANTE

[ISLAM AS A FORM OF INTERNATIONALIZATION LAW]

Jaime Lluís y Navas

Fecha de recepción: 2 de febrero de 2018
Fecha de aceptación: 23 de febrero de 2018

Sumario: I. CUESTIONES GENERALES.- 1. El Islam y Arabia.- 2. Mahoma y el origen del Islam.- 3. Caracteres del Islam.- 4. La sucesión de Mahoma.- 5. Las clases sociales.- 6. Islam y feminismo.- 7. La decadencia islámica.- II. LOS SUNITAS.- 1. Los grandes periodos sunitas.- 2. El Califa.- 3. El sistema sunita de Derecho (fiq).- 4. La normativa sustantiva.- 5. El procedimiento.- 6. Sectas.- III. LOS XIITAS.- 1. Caracteres comunes.- 2. Causa de las divisiones en el seno de la Xia.- 3.- Principales corrientes.- IV. LA CRISIS DE LA EDAD CONTEMPORÁNEA.- 1. Causas.- 2. Corrientes político-doctrinales.- V. LA IMPRONTA DEL ISLAM EN ESPAÑA.- 1. Indicaciones generales.- 2. Consideración especial del Derecho.

Contents: I. GENERAL QUESTIONS.- 1. Islam and Arabia.- 2. Mahomet and the origen of Islam.- 3. Characters of Islam.- 4. The succession of Mahomet.- 5. The social classes.- 6. Islam and feminism.- 7. The islamic decline.- II. THE SUNNIES.- 1. The sunnies' great periods.- 2. The Caliph.- 3. The sunni legal system (fiq).- 4. Substantive legislation.- 5. The procedure.- 6. Sects.- III. THE SHIITES.- 1. Common characters.- 2. Cause of divisions within the Xia.- 3.- Main currents.- IV. THE CRISIS OF THE CONTEMPORARY AGE.- 1. Causes.- 2. Political-doctrine currents.- V. THE MARK OF ISLAM IN SPAIN.- 1. General indications.- 2. Special consideration of Law.

Resumen: Este trabajo analiza el origen, desarrollo y crisis del Islam, incluyendo su impronta en España, desde una perspectiva jurídica.

Abstract: This writing analyses the origen, development, and crisis of Islam, including its mark in Spain, from a legal point of view.

Palabras clave: Crisis, Derecho Internacional, Islam

Keywords: Crisis, International Law, Islam

* * *

I. CUESTIONES GENERALES

1. El Islam y Arabia

En Occidente existe una tendencia, casi inconsciente, a vincular Islam y arabismo. Sin embargo, sus diferencias son manifiestas por cuanto los árabes son un pueblo y no todos sus miembros son musulmanes (aproximadamente, una décima parte de los árabes es cristiano), mientras que el Islam es una religión con vocación universal y en su seno militan pueblos no árabes como los turcos, los persas, parte de China, etc. No obstante, el Islam está muy influido, por no decir condicionado, por el arabismo debido a que Mahoma y sus primeros seguidores eran árabes y reaccionaban contra determinados aspectos de la Arabia pre-islámica.

2. Mahoma y el origen del Islam

La Arabia pre-islámica estaba poblada por tribus en su mayoría politeístas aun cuando algunas habían abrazado religiones monoteístas, sea la judía o la cristiana; y tenían dos ciudades, rivales entre sí, La Meca y Medina. La Meca tenía la ventaja de contener la Kaaba, monolito objeto de culto desde antes del Islam; probablemente es un meteorito de procedencia extra-terrestre, lo cual pudo dar origen a su culto. El culto a La Kaaba dio lugar a que las diversas tribus politeístas depositaran sus ídolos en La Meca, lo que a su vez originaba desplazamientos, por razones religiosas, de los beduinos de las tribus arábicas a la Ciudad-Santa. Estas visitas constituían una fuente de ingresos como sucede en todos los lugares que se benefician de lo que hoy llamamos turismo y en La Meca existía un comercio basado en las visitas religiosas.

Mahoma era natural de La Meca y pertenecía a la importante “gens” o tribu-familia (1) de los caraixitas (2). Pero no era el Jefe de la misma, la jefatura familiar la ostentaba un tío suyo, lo que veremos tuvo especial relevancia en el momento de fijar la sucesión de Mahoma. El entonces futuro profeta gozaba de una posición económica desahogada, por la doble razón de que fue un comerciante afortunado y de que se casó con una viuda rica. En sus desplazamientos comerciales, conoció las religiones monoteístas (judaísmo y cristianismo); y sintiéndose inspirado por Dios, predicó que hay un solo Dios, en lo que le siguió una parte de los habitantes de La Meca, mientras otros le veían con recelo, pues parecía amenazar la condición de la Meca como centro económico-religioso. Monoteísta convencido, Mahoma procedió a destruir los ídolos depositado en la Meca, lo que originó una reacción violenta de sus conciudadanos politeístas, que

sintieron heridos en su ideología politeísta y en sus intereses económicos, todo lo cual obligó a Mahoma y sus seguidores a huir y a refugiarse en la ciudad rival, en Medina. Este acto se considera tan fundamental que marca el inicio del calendario musulmán.

En Medina, Mahoma y sus acompañantes fueron muy bien recibidos, la ciudad siguió sus enseñanzas y Mahoma se encontró ser un Caudillo a la vez religioso y político, pues hubo de organizar el gobierno de sus seguidores. A la cabeza de éstos Mahoma se enfrentó a los gobernantes de La Meca y tras unos combates de suerte diversa, salió vencedor, imponiendo su concepción religiosa primero en La Meca y posteriormente en casi todo Arabia.

3. Caracteres del Islam

De los avatares acabados de relatar resultó que el Islam adquirió las siguientes características:

a) El Islam constituye una *comunidad religiosa auto-gobernante*; es decir aspira a ser, y en sus momentos de esplendor constituyó, una comunidad soberana que engloba nuestros conceptos de Iglesia y de Estado, a diferencia del cristianismo que siempre los ha diferenciado. Es lo contrario del precepto evangélico: “dad al Cesar lo que es del Cesar y a Dios lo que es de Dios”.

b) Consiguientemente el que llamamos Comendador de los Creyentes, el *Jalifa-al-muslimani*, es a la vez jefe religioso y político, Papa y Emperador, según los conceptos occidentales.

c) Los preceptos del Corán son a la vez *religiosos* y *jurídicos* que se considera revelado. El Corán asume la función que en Occidente ejercen los Evangelios y los Códigos generales (por ejemplo, regula las sucesiones, fija ciertos delitos, etc.). Hasta cierto punto recuerda la función del *Levítico* para los judíos, debido a que el Corán y sus fuentes complementarias son el ordenamiento de una comunidad que se propone ser a la vez religiosa y políticamente soberana.

d) A los ojos de un musulmán y como consecuencia de la doble función del Corán, sus normas se consideran *mandatos divinos* revelados por intermedio de Mahoma y que obligan a la vez en conciencia y en el fuero externo de la relación social. Las *obligaciones legales y morales se identifican*, y el acto ilegal es a la vez pecado, o sea falta religiosa.

e) La religión musulmana es *combativa*, como combatió Mahoma al frente de los medinenses, conquistando Arabia. Esta concepción es la contraria de

la norma evangélica que señala que debemos presentar la otra mejilla. De ahí la guerra santa, la *yihad*, si bien preciso es señalar que no toda guerra es santa, que para serlo ha de satisfacer ciertas condiciones, por ejemplo, rechazar una invasión de territorio musulmán (por esa razón Sadam Husein de Irak invocó la *yihad* al ser atacado por los norteamericanos). En la ortodoxia islámica la declaración de guerra santa vendría a implicar un estado de nación en armas. Antes de que los cruzados cristianos establecieran las Ordenes militares, los musulmanes habían inventado las Rábidas, especie de castillos-convento en que musulmanes piadosos convivían para luchar en defensa del Islam.

f) El *fiq*, concepto relativamente equivalente al que en Occidente tenemos del Derecho, es una norma pretendidamente divina. Propiamente el musulmán no parte de la idea de derecho positivo, sino de la de *mandato divino*, atribuido a una revelación de Dios a Mahoma y que engloba derecho y moral. La consecuencia será, como desarrollamos más abajo, que las sentencias condenatorias, incluso civiles, adicionan una sanción de trasfondo religioso. Y el alfaquí, el jurista tiene mucho de teólogo, pues estudia las normas legales en los textos religiosos.

g) La doctrina islámica, particularmente la sunita, a los ojos de un occidental, resulta *rígida y casuística*. La rigidez (que tratan de atenuar los musulmanes reformistas a que nos referimos más abajo al tratar de la crisis contemporánea del Islam clásico) resulta de atribuir las reglas más detalladas del Corán a preceptos divinos inmutables por los humanos. El casuismo es resultado del modo mismo como Mahoma predicó su doctrina, efectuado por vía oral y sobre la marcha a medida de que se le eran planteados problemas. Por ejemplo, el precepto a tenor del cual la viuda ha de percibir un tercio del caudal hereditario, lo anunció Mahoma en la época de lucha desde Medina contra La Meca, y cuando la viuda de un seguidor del Profeta muerto en combate contra las gentes de La Meca le manifestó que, en su tribu, la viuda no heredaba y que la muerte en combate de su esposo la abocaba a la miseria. Corrigiendo esta situación Mahoma dispuso que las viudas heredarían un tercio del caudal hereditario. Con otras resoluciones independientes las unas de las otras se construyó el sistema sucesorio que exponemos en el apartado II,3. Como ejemplo de detalles casuísticos prescritos sobre la marcha recordemos la norma en virtud de la cual “*si dos amigos se encuentran no deben besarse, pero pueden abrazarse*”.

h) La doctrina mahometana, junto a reminiscencias del pasado arábigo, tiene *influencias cristianas y judías*, posiblemente fruto de los viajes comerciales de padre del Islam. Mahoma aceptó que Abraham y Jesús eran profetas y la virginidad de María. Lo que rechazó fue la Divinidad de Jesucristo, así como la Biblia y los Evangelios que pretende encierran tergiversaciones; su sistema jurídico acusa influencias del derecho romano-bizantino, sobre todo en materia de obligaciones y contratos. En cambio, proceden de la Arabia preislámica el culto de la Kaaba y la poligamia.

4. La sucesión de Mahoma

Mahoma extendió su doctrina por casi todo Arabia, pero murió sin designar sucesor y que sepamos sin dejar hermanos vivos. Todos los musulmanes admitieron que el Califa, sucesor de Mahoma, debía satisfacer tres *requisitos*: 1º Ser un buen musulmán (o sea devoto).- 2º Ser mayor de edad (lo que excluye las minorías y regencias) en sentido de edad suficiente para gobernar; y 3º Tener aptitud intelectual, para regir la comunidad islámica. Pero, al precisar quien debía asumir el califato, se dividieron entre tres grandes *posturas*: 1ª Partidarios de que para gobernar el Islam basta ser *un buen musulmán* (lo que permitía ejercer el califato a los compañeros del Profeta).- 2º Sustentadores de que debía ser *familiar* de Mahoma (y consiguientemente un *caraxita*, requisito que más adelante satisfarán los Abasidas, que descendían del tío de Mahoma).- 3º Seguidores de la opinión de que debía ser *descendiente directo* de Mahoma (según sustentaron los partidarios de los descendientes de la Fátima, la hija favorita del fundador del Islam y esposa de Alí). Tras esa discrepancia doctrinal subyacían importantes problemas de intereses divergentes.

Inicialmente prevaleció la idea de que bastaba ser un buen musulmán y fueron designados Califas primero Abu Beker (que ya en vida de Mahoma había dirigido la oración y tenía vínculos familiares con los *caraxitas*) y después Omar, ambos compañeros de Mahoma. Pero el tercer Califa, Otmán vio su califato discutido por los xiitas y murió asesinado, en una situación de guerra civil sucesoria. En el ínterin, el Islam se había extendido por el Próximo Oriente y alcanzado Persia. Los persas seguían la religión de Zoroastro y se convirtieron fácilmente al Islam, al no advertir grandes diferencias entre ambas religiones. Pero los persas, aun cuando aceptaron la religión de Mahoma, tenían una civilización heredera de las desarrolladas en Mesopotamia a partir de la sumerio-acadia, mucho más adelantada que la de los árabes; y soportaban mal el predominio árabe encarnado en los compañeros del Profeta que le sucedieron a la cabeza del Islam. De ahí que apoyaran la tesis fatimita, lo que culminó en el asesinato de Otman y en una guerra civil que escindió el mundo islámico, siendo los fatimitas calificados por sus enemigos de xiitas, es decir de escindidos (*xia* significa escisión, separación y también partido; de ahí que el partido de Alí fuera la *xia* de Ali; y *xia* pasara a designar el partido por antonomasia). Tras el asesinato de Otman, sus partidarios sustentaron que los asesinos del Califa no podían reinar, mientras los xiitas entendían que habían ejecutado a un usurpador. El resultado ha sido que los xiitas predominen en el Oriente musulmán (Persia, Pakistán, etc.) y que los llamados sunitas predominen en Occidente (Norte de África y también en la España árabe), mientras en el Próximo Oriente conviven ambas corrientes si bien con predominio sunita. En el origen de esta divergencia que culminó en guerra civil

subyacían tanto divergencias doctrinales como de intereses, pues el apoyo a los xiitas permitió a los persas oponerse al predominio árabe en su tierra, mientras la doctrina sunita se aplicó inicialmente a favor de los compañeros del Profeta, que eran árabes.

5. Las clases sociales

El Islam es una comunidad de fieles y por tanto en principio sin clases sociales, pues todos los fieles son miembros de la misma comunidad, lo que excluye todo racismo doctrinal. Pero la realidad es muy otra y caben señalar las siguientes diferencias fundamentales: 1º En primer lugar la condición de los *Jerifes*, de los pretendidos descendientes de Mahoma que, amén del derecho honorífico de utilizar turbante verde y del eventual derecho a suceder en el califato que tratamos más adelante, gozan una aureola de especial dignidad que constituye una condición especial de hecho; un poco como sucede con los títulos nobiliarios en España, desde que el liberalismo sancionara la igualdad constitucional, que en principio no originan derechos, pero les acompaña una aureola de especial dignidad.- 2º Los *árabes*, en los primeros tiempos del Islam, dirigieron las tropas que lo extendieron por Asia y el Norte de África, lo que les situó en una situación de preeminencia social; por ejemplo las tropas que invadieron España estaban esencialmente compuestas por berberiscos norteafricanos mandados por jefes árabes y la rivalidad entre unos y otros marcó la situación del Islam español, particularmente en el periodo de las Taifas. La preeminencia de hecho de los árabes sobre los persas se halla en la raíz de la escisión xiíta a que nos referimos al tratar de la sucesión de Mahoma. En cambio en el Imperio otomano eran los *turcos* los que se hallaban en situación de superioridad respecto de los árabes.- 3º Como en toda sociedad formalmente igualitaria, las diferencias entre ricos y pobres son reales.- 4º En muchos territorios los propietarios de la tierra han constituido señoríos feudales de hecho, igual que, en los lugares en que subsisten agrupaciones tribales, los jefes de tribu constituyen una oligarquía. 5º Los concededores de la religión islámica, ulemas, alfaquíes y ayotalás, constituyen un poder de hecho tanto más cuanto que la interpretación del Corán y de las fuentes complementarias, en la práctica, les está reservado; por ejemplo, la escuela malequita atribuye a la opinión de los doctores de Medina especial valor interpretativo de las fuentes del *fiq* de que trataremos más abajo.

6. Islam y feminismo

Aun cuando pueda sorprender, Mahoma, para su tiempo fue un feminista, lo que se refleja en su sistema normativo. Para comprenderlo preciso es partir de la

Arabia pre-islámica, en la cual la mujer carecía de derechos, el número de esposas que podía tener un hombre era ilimitado, el repudio era libre, las mujeres no tenían derechos de herencia. Frente a esta situación, Mahoma reaccionó en lo que pudo enfrentarse a la realidad social, y promulgó las siguientes reglas. 1º El número de esposas quedaba limitado a cuatro y según la manifestación que se atribuye al Profeta incluso le pareció demasiado al decir: “*no tendrás más de dos o tres o cuatro mujeres, y si no te bastare conténtate con esclavas*”; por tanto parece evidente que su ideal era la monogamia, pero temiendo chocar con las concepciones arraigadas en la sociedad árabe admitió la poligamia si bien limitándola a cuatro mujeres.- 2º Trató de establecer la *igualdad entre las esposas*, procurando evitar los favoritismos, a cuyo efecto prescribió que, si una esposa recibía un regalo, las restantes debían recibir otro igual.- 3º Hizo de las esposas *herederas forzosas*, lo que era una novedad en Arabia, asignándoles un tercio del caudal hereditario.- 4º Transformó la compra de la esposa en el *acidaque*. dote del marido que corresponde administrar a la mujer, aun cuando en beneficio del sostenimiento de la familia.- 5º Trató de limitar el *repudio* de la mujer anunciando que el repudio figura entre las cosas que, siendo legítimas, disgustan a Alá y disponiendo que solo sería efectivo proclamándolo tres veces, con la esperanza de que el marido meditara antes de romper definitivamente el matrimonio; por cierto que esta norma ha sido sorteada pronunciando el anuncio de repudio tres veces seguidas y en escasos segundos.- 6º Junto al repudio, estableció el divorcio causal que también podía ejercer la mujer, estableciendo así un equilibrio relativo entre ambos cónyuges.- 7º Introdujo el *contrato matrimonial*, con el propósito de que la futura esposa pudiera exigir condiciones más favorables que las habituales.- Finalmente señalemos que la ablación no está en el Corán y procede de costumbres preislámicas.

En síntesis, podemos concluir que Mahoma, a su modo, fue un feminista que chocó con costumbres pre-establecidas y trató de corregirlas aun cuando su éxito fue limitado, lo que no es óbice para señalar que introdujo mejoras, varias efectivas, en la condición de la mujer.

7. La decadencia islámica

Es un hecho que, en el curso de la Edad Contemporánea, el Islam ha acusado una decadencia cuyas consecuencias político-jurídicas y doctrinales señalamos más abajo. No hay acuerdo entre los tratadistas al intentar explicar sus causas. Los estudiosos norteamericanos lo atribuyen naturalmente a falta de democracia. Personalmente creemos que las causas de lo sucedido son otras y particularmente dos, distintas pero concurrentes. Por una parte, la *rigidez de la Sunna* y su casuismo, que perjudican la especulación intelectual, con democracia o sin ella, la cual nada tiene que ver. Y en segundo lugar *el desarrollo de la técnica*

occidental. A partir del Renacimiento europeo se desarrollan las ciencias basadas en la comprobación experimental y la formulación matemática. El pionero de la experimentación fue nuestro compatriota Servet al estudiar la circulación de la sangre efectuando autopsias. Galileo adicionó a la experimentación la formulación matemática en sus estudios sobre la aceleración realizados en la Torre de Pisa. Experimentación y reducción a fórmulas se hallan en la raíz de los grandes progresos científicos occidentales; y los musulmanes, que durante los primeros siglos del Islam figuraron a la cabeza de los estudios científicos, han quedado atrasados al no apoyarse modernamente en las técnicas que han permitido la Revolución Industrial Occidental. La consecuencia es que los ejércitos, el armamento e incluso los ingenieros continentales han sido los instrumentos del dominio político ejercido modernamente por Occidente en perjuicio de los países musulmanes.

II. LOS SUNITAS

1. Los grandes periodos sunitas

1º. Hemos visto que los primeros Califas se eligieron entre, los compañeros de Mahoma. Tras los cuatro primeros, asumió el califato la dinastía de los **Omeyas**, tildada de poco religiosa aun cuando extendieron el Islam hasta territorio español. En esta época, el centro del Islam, establecido inicialmente en La Meca-Medina, se desplazó a Damasco.

2º. A los Omeyas les desbancaron los **Abasies** que encarnaron, al menos inicialmente, una reacción puritana y la tesis de que el Califa había de ser un Caraixita (los Abasies descienden del tío de Mahoma). Por otra parte, el centro del Islam pasó de Damasco a Bagdad. El periodo inicial de los Abasies es todavía de **esplendor político**. No obstante, pronto se apuntaron indicios de escisiones, precisamente en España, donde un Omeya, Abderramán I, se proclama Emir y pasa a ser independiente de hecho. Con el tiempo, el imperio abasida, acusó una progresiva **decadencia**; y en sus últimos tiempos, el Califa abasí era un gobernante nominal carente de autoridad, mientras el poder efectivo lo ejercían emires y sultanes territoriales. Los sultanes eran en origen jefes militares (el término “**sultán**” encierra la idea de poder de mando, pero no la de gobernante, por tanto, era título propio de usurpadores), si bien gobernaban en nombre del Califa de Bagdad y por tanto mantenían el principio del califato universal.

3º. Al califato abasida pusieron término los **turcos otomanos** convertidos al Islam que abolieron los restos del califato de Bagdad y establecieron un **califato otomano** propio, y al conquistar Constantinopla, fijaron su capital en la que se

llamaría Estambul (3). También el califato turco conoció un periodo de esplendor inicial. Pero en el siglo XVIII se anuncia su decadencia política, que se consuma en el curso del XIX, plasmada en la colonización europea del Norte de África, territorio dependiente formalmente del Califa, y en los movimientos independentistas de los cristianos de los Balcanes.

4º. La crisis del califato de Estambul llegó a su punto máximo tras la derrota turca en la Primera Guerra Mundial, a consecuencia de la cual el general Kemal Atatürk dio un golpe de estado, proclamando la República y la **abolición del califato**. Ello supuso, por primera vez en la Historia, la inexistencia de un califato sunita, situación en cierto sentido anómala que llega a nuestros días, y explica los intentos del llamado “estado islámico” de restablecer un califato.

La aceptación de los cambios de Califa acabados de exponer en parte se facilitó por lo que indicaremos seguidamente sobre el indeterminado sistema sucesorio.

2. El Califa

Función.- En la concepción clásica, el Califa es el sucesor de Mahoma, y en calidad de tal es la cabeza del Islam (sunita) y goza de todos los poderes, religiosos y temporales de gobierno de la comunidad islámica, salvo el don de profecía. Su denominación deriva del verbo *jalafa* que expresa la idea de sucesión. Por tanto, en España deberíamos denominarlo *Jalifa*. Con todo, la forma *Califa* es antigua; ya se utilizó en nuestra Baja Reconquista. Corominas sospecha que obedece a influencia francesa, por causa de las Cruzadas. En todo caso, la condición de Califa equivale a lo que en Occidente son el Papa y el Emperador, si bien, *no es un legislador* ya que, para los musulmanes, el Fiq, el Derecho, está contenido en la revelación islámica y consiguientemente el Califa carece de facultad de modificar el derecho, por cuanto éste es objeto de las fuentes de la revelación. Tan solo puede dar órdenes para el funcionamiento de la Comunidad islámica (organización territorial, organización del ejército, etc.), es decir lo que nosotros consideramos Derecho Administrativo y que para un musulmán son disposiciones complementarias del Derecho propiamente dicho. Utilizando una terminología occidental, posee plenamente el poder ejecutivo, pero carece del legislativo y solo excepcionalmente ejercita el judicial, que ordinariamente aplican los Cadies. La intervención habitual del Califa en la administración de justicia consiste en el nombramiento de los Cadies y en la avocación del conocimiento de asuntos extraordinarios.

Sucesión.- En el Corán no están fijadas las reglas de sucesión, lo que permitió proceder a variaciones en la designación del Califa. Tras la muerte de

Mahoma sin nombramiento de sucesor, y al parecer sin hermanos vivos, sus seguidores convinieron en que el Califa debía satisfacer estas tres condiciones: 1º Ser buen musulmán.- 2º Ser mayor de edad (lo que excluye minorías y regencias).- y 3º Gozar de aptitud intelectual para gobernar. Los cuatro primeros Califas fueron escogidos entre los compañeros de Mahoma (el primero de ellos ya en tiempos del Profeta había sido designado para dirigir la oración). La imprecisión de la norma sucesoria permitió a Omeyyas, Abasidas y Otomanos designar sucesor con lo que se constituyeron verdaderas dinastías califales. No obstante, el requisito de aptitud llevó a excluir a los menores, aunque fueran primogénitos, siendo designado otro pariente. Este sistema de monarquía sin minorías ni regencias lo aplica la Arabia saudí; y al fallecer un Rey de aquella monarquía, una junta familiar escoge el sucesor entre los miembros de la dinastía, ordinariamente ministro del fallecido y por tanto con experiencia de gobierno, lo que lleva a un sistema de elección restringida que resulta semi-hereditario.

3. El sistema sunita de Derecho (fiq)

A. Carácter religioso y fuentes jurídico-teológicas.- Como hemos indicado, Mahoma dictó normas de conducta para la comunidad islámica que pretendió haberle sido reveladas por Dios, por lo que tienen naturaleza a la vez de reglas morales y divinas. Por eso algún autor como, Solá de Cañizares, ha comparado el derecho islámico y el canónico. Efectivamente ambos tienen en común su condición de derechos religiosos; pero existe una diferencia entre ambos: el derecho canónico es un derecho humano, promulgado por el Papa de Roma; en cambio, el derecho islámico se pretende directamente dictado por Alá, mediante la revelación a su Profeta. En este aspecto el Corán, más que al derecho canónico, se parece al de los Vedas hindúes y al *Levítico* del Antiguo Testamento. Es por tanto un sistema que confunde, o mejor identifica, moral y derecho, partiendo de la *idea de mandato divino* que obliga por igual en el fuero interno de la conciencia que en el externo del comportamiento social. Por ello, para un musulmán, propiamente la única fuente de promulgación del Fiq, es el propio Dios que manifestó su voluntad a Mahoma. Las fuentes de conocimiento o raíces del Fiq (*usul-ul-fiq*) en la terminología sunita son el Corán, la Sunna, el Ixmá y el quiyás.

En su consecuencia el *Corán* constituye la primera y pretendidamente inmutable fuente del sistema jurídico islámico. Ejerce la función de nuestros Códigos y la de los Evangelios. Pero Mahoma predicó sobre la marcha y ni escribió ni expuso sistemáticamente el conjunto de su doctrina y sus preceptos; anunciaba lo que requería el momento; damos un ejemplo al referirnos a la herencia de las viudas. Por ello el Corán resulta casuístico a los ojos de un occidental y con lagunas. Como hemos dicho, la predicación de Mahoma fue oral, y solo tras su muerte, por orden del Califa Abu Beker, se recogieron las enseñanzas

del Profeta en el Corán, libro que los musulmanes consideran inspirado por Dios. Como consecuencia de lo indicado, el Corán, junto a materias reguladas con detalle, como las sucesiones, adolece de lagunas evidentes y por otra parte todos los musulmanes consideran que, con todo y estar inspirado por Alá, no recoge toda la revelación divulgada por Mahoma. De ahí el recurso a fuentes complementarias; y en su fijación, la solución de sunitas y xiitas diverge radicalmente.

Por lo que a los sunitas se refiere, el Corán ha de ser completado en primer lugar por la *Sunna*, es decir por la tradición, no en el sentido de conservación de los usos del pasado, sino en el de aportación de conocimientos precedentes y concretamente en el de reproducción de las enseñanzas de Mahoma no recogidas en el Corán. El recurso a la Sunna se fundamenta en la creencia de que el Profeta era infalible, y que toda su conducta era ejemplar, por lo que se toma como guía: 1º Lo que dijo.- 2º Lo que hizo.- y 3º Lo que consintió.- El contenido de la Sunna se conoce a través de los *hadices*, es decir de las relaciones sobre los actos y manifestaciones de Mahoma; pero como Mahoma no dejó obra escrita, es preciso recurrir una vez más a la tradición oral. Consiguientemente los hadices se conocieron originariamente por vía oral, pero se recogieron en tratados redactados por particulares y que se consideran recopilaciones humanas, no textos directamente revelados. De este modo se pasó de tradiciones orales a reglas escritas y coleccionadas. La técnica de conocimiento del comportamiento de Mahoma se compone de dos elementos: la cadena de transmisión y el contenido de la misma. Se trata por tanto de informaciones que operan del siguiente modo: “*mengano dijo, que fulano le manifestó que perengano indicó que zutano compañero del profeta afirmó...*”. En caso de contradicciones entre tradiciones atribuidas al Profeta hay que estar a la cadena cuyos transmisores se consideran más fiables.

Aun recurriendo a la Sunna los vacíos son manifiestos. Para llenarlos el sunita recurre al *ixmá* o consentimiento de la comunidad islámica. El *ixmá* no es una costumbre, es una *doctrina normativa*. Se basa en la creencia, proclamada en el Corán, de que la comunidad islámica nunca se pondrá de acuerdo sobre el error, es decir en lo que viene a constituir una pretensión de infalibilidad colectiva (por cierto, muy cercana a la doctrina cristiana sobre la infalibilidad del Concilio Ecuménico). Pero esta doctrina no se fija por un plebiscito “democrático”. Vienen a establecerla los doctores coránicos, es decir los ulemas y alfaquíes; y para Malik tiene especial relevancia la doctrina de los doctores de Medina, Malik era medinense.

En caso de que, ni aun recurriendo al *Ixmá*, un problema encuentre solución procede aplicar el *quiyás*, o sea la analogía. Pero no se trata de una analogía basada en la identidad de razón como establece el Código civil español, sino en lo que pudiéramos llamar una analogía formal o casuística, que responde al temor del musulmán al *ray*, a la especulación doctrinal, que puede llevar a lo que considera herejías.

Entre las fuentes *no incluidas* en el sistema sunita figuran las propias del sistema español: la *costumbre, los principios generales y la jurisprudencia* es decir precisamente las que a nosotros nos permiten evitar el casuismo.

B. Las cuatro escuelas ortodoxas.- Este sistema de regulación jurídico-teológica planteaba problemas de interpretación (determinar que cadena de hadices es la preferible en cada caso, fijar la manifestación del consentimiento de la comunidad islámica, establecer la analogía, etc.). Las diversas interpretaciones fueron muy diversas. Pero los sunitas solo aceptaron como ortodoxas las doctrinas suscritas por cuatro escuelas; y por considerarlas ortodoxas, las cuatro se enseñan en la Universidad del Azahar. Estas escuelas se formaron en el siglo II de la hégira y las cuatro se conocen por los nombres de sus respectivos fundadores y son la *malequita* (fundada por Malik-ben-Anás), la *hanefita* (seguidora de Abu-Hanifah), la *xafeita*, (de los seguidores de Al-Xafei) y la *hanbalita* (originada por Ahmed-ibn- Hanbal).

El casuismo hace difícil marcar las diferencias entre estas escuelas. Con esa importante salvedad se puede considerar a la malequita la más conservadora y observadora de la costumbre de Medina, la hanefita la más filosófica e inclinada a favorecer los intereses de los gobernantes, la xafeita la más espiritualista, y la hanbalita la proclive a las interpretaciones más literales. Para apreciar el detallismo de sus operaciones nos referiremos al lavado purificador, previo a las oraciones diarias en la mezquita. Las cuatro escuelas admiten las mismas oraciones y la obligación del lavado de los pies, pero divergen en el modo de realizar el lavado purificador (modo de coger el brazo, etc.) y los malequitas señalan al efecto siete reglas y siete operaciones, los hanbalitas diecisiete operaciones, los hanefitas cuatro reglas y dieciocho operaciones y los xafeitas seis reglas y veinte operaciones.— Otro ejemplo de cómo operan las escuelas, lo ofrece el descubrimiento, según las escuelas procede su apropiación por el descubridor (hanefitas), destinarlos a limosnas (xafeitas), pertenece al gobernante (hanbalitas) o han de compartirlo descubridor y dueño del lugar (malequitas), pero todas convienen en que si se trata de una mina en terreno conquistado, pertenece a la comunidad islámica.

Aun cuando las cuatro se consideran ortodoxas ha variado su extensión territorial. En Occidente desde Túnez a Marruecos predominan los malequitas. En la España musulmana su predominio fue casi absoluto. En Egipto, Turquía y el Próximo Oriente, son mayoritarios los hanefitas, mientras Arabia se inclina por los hanbalitas, y los xafeitas están difundidos por todas partes con carácter de minoritarios, si bien son relativamente importantes en la minoría sunita de los países de Oriente de mayoría xiita.

C. Alcance del sistema y principio de personalidad.- El Derecho islámico se concibe como un derecho revelado por Dios para los miembros del Islam. Consiguientemente opera un *principio de personalidad*, completado por otro de *prioridad islámica*, a tenor de los cuales, al juez islámico solo interesan: 1º Los litigios entre musulmanes (principio de personalidad). 2º Los litigios entre musulmán e infiel (principio de prioridad islámica).- 3º Los atentados de los infieles contra intereses musulmanes, por ejemplo la sanción a un infiel por quemar un Corán. Por lo tanto, el fiq no se aplica a los problemas exclusivos de infieles, por ejemplo, a los litigios de una herencia de un cristiano a favor de otro cristiano.

Consecuencias. Como consecuencia de esta concepción, en la España musulmana permitieron a judíos y mozárabes disponer de tribunales propios. Los mozárabes continuaron aplicando la *lex wisigotorum*. Asimismo, los turcos, en su apogeo del siglo XVI, no tuvieron reparo en pactar capitulaciones con Francisco I de Francia, y después con otros Estados, que permitían a los tribunales consulares conocer de las desavenencias entre cristianos. Pero en el siglo XIX, las capitulaciones fueron un instrumento de colonización indirecta y los gobernantes islámicos sintieron la necesidad de poner fin al sistema de capitulaciones, extendiendo la competencia de sus tribunales a los litigios entre extranjeros e infieles.

4. La normativa sustantiva

A. Las personas.- En el conjunto normativo sobre las personas destacan las siguientes notas: 1º El fiq desconoce la *personalidad* jurídica, por lo que solo contempla las *personas físicas*; aun así a la Comunidad islámica y al *habus* les reconoce atribuciones que bordean la idea occidental de persona jurídica.- 2º La *mayoría de edad* tiene dos fases; ciertos derechos y obligaciones civiles y religiosas se adquieren a partir de los siete años, pero la mayoría de edad plena se adquiere a los 18 años.- 3º El Islam admite la *esclavitud*, pero, a diferencia del Derecho romano, el esclavo es persona, tiene derechos limitados y darle muerte constituye delito.- 4º El *habus*, es una figura propia del Derecho islámico, con analogías con nuestras fundaciones que, en lo esencial, constituyen bienes sustraídos a la libre circulación para destinar sus beneficios a fines determinados de naturaleza caritativa o religiosa. Discuten los autores musulmanes quien es el propietario de los bienes del *habus*, la tesis más desarrollada es que corresponde directamente a Alá.

B. Derecho ritual.- De conformidad con el carácter religioso del Fiq, éste regula los comportamientos confesionales, materias que los Código “seculares” de Occidente se abstienen de tratar, o que se restringen a medidas de policía. Consiguientemente el fiq contempla la profesión de fe, los funerales, las comidas y

bebidas impuras, los actos de purificación, las plegarias, la peregrinación a La Meca, el ayuno del ramadán, etc. y trata de las penas por infringir la normativa religiosa.

C. El Derecho privado.- El sistema islámico sobre obligaciones, contratos y derechos reales está muy influido por el romano- bizantino, que los musulmanes conocieron en los albores del Islam, por sus contactos con Bizancio que dominaba el Próximo Oriente y el Mediterráneo oriental. No obstante tiene las siguientes notas características que creemos conveniente destacar: 1º La figura islámica más afín a nuestra idea de contrato es el *acd*, que es un concepto más amplio, pues engloba toda idea de *ligamen*; el matrimonio y la asunción del poder por un Califa son ejemplos de lo que el musulmán entiende por *acd*.- 2º La relación de contratos es asaz casuística, si bien la doctrina ha efectuado clasificaciones; tiene gran aceptación la de Abd-er-Rahim, que distingue entre contratos de *trasmisión* de la propiedad (venta, permuta, donación), contratos de *participación en el goce* de la propiedad (arrendamiento, usufructo, préstamo, etc.) y contratos que establecen *obligaciones personales* (los restantes, entre ellos el de trabajo o suministro de servicios).- 3º El arrendamiento, según señaló López Ortiz, se concibe como la *venta del disfrute* de la cosa.- 4º El sistema es muy restrictivo en la tolerancia de la usura, pues repudia la *Riba* entendiendo por tal todo beneficio injustificado.- 5º El derecho de propiedad comprende el de disfrutar de la cosa , pero no el *jus abutendi* por lo que no se puede ejercer en perjuicio injustificado del vecino, regla muy afín a la moderna doctrina de repudio del abuso de derecho.

D. El matrimonio.- Damos por reiterado lo indicado al referirnos al problema del feminismo de Mahoma. Completando aquellas indicaciones hemos de señalar que el matrimonio musulmán tiene naturaleza de contrato, es decir de *ligamen* o *acd*. Las condiciones del matrimonio han de ser previamente negociadas A tal efecto en nombre de la mujer pacta un *algali* o representante y frecuentemente también el novio pacta mediante un *algali*. El *algali* es un pariente próximo (padre, hermano, etc.) determinado para cada caso en el fiq. Los novios han de manifestar formalmente su consentimiento so pena de nulidad, cuando menos ante dos testigos y ordinariamente ante el cadí. El *acidaque*, o dote del marido es un requisito esencial. El régimen económico familiar es de separación de bienes, por lo que la mujer administra el *acidaque* (cuyas rentas ha de aplicar al sostenimiento familiar) y su patrimonio (si bien, para gastos elevados precisa la autorización del marido, régimen no muy alejado de la *venia marital* regulada en la primitiva redacción de nuestro Código civil de 1889). Este sistema refleja la política de Mahoma de amparo de la mujer y choca en bastantes ocasiones con tendencias establecidas y poco feministas.

E. Las herencias.- El sistema hereditario está fijado con precisión en el fiq y es un ejemplo de la vinculación islámica entre religión y derecho.- **La Partición** de la herencia se realiza de conformidad con el siguiente orden: 1º

Satisfacción de las deudas garantizadas con prenda (la prenda es una garantía esencial en el sistema musulmán).-2º Los gastos de sepelio.- 3º La satisfacción de las restantes deudas.-4º El abono de las *alcafaras* a que nos referimos al tratar de las sentencias.-5º El resto del caudal se divide entre los legados y los herederos alcoránicos.- Son *herederos alcoránicos*, es decir determinados en el Corán: 1º Las viudas a las que corresponde un tercio del caudal hereditario; y si éstas eran varias por ser polígamo el difunto, el tercio viudal se divide en partes iguales para cada una de las esposas.- 2º Los parientes consanguíneos del difunto (hijos, hermanos, tíos, etc.); entre ellos la partición de la herencia se efectúa según unas reglas complicadas que varían según el número de parientes y su grado de parentesco con el difunto.- El *tercio de libre disposición* es de relativamente libre atribución, pues no puede incrementar las porciones de los herederos alcoránicos que han de estar a lo que resulte de las reglas del fiq; ha de establecerse por tanto en favor de terceros.- *El testamento* islámico es todo lo contrario del romano. El romano tenía como finalidad básica señalar el heredero hasta el punto de que sin este requisito era nulo. El islámico no requiere referencias a los herederos, por estar determinados en el Corán, se dirige a establecer las disposiciones complementarias como designar albacea y repartir el tercio de libre disposición.

F. Sistema penal.- El Derecho islámico distingue las siguientes especies de delitos: 1º Delitos que admiten la *composición* y la *venganza de sangre*, basada en el talión. Este sistema procede de la Arabia preislámica y recuerda el de los antiguos germanos. Es por tanto propio de un determinado estado de desarrollo de la vida social. Es evidente que, pese a las coincidencias, el sistema árabe y el germano nacieron por separado. Ahora bien, en la España medieval ambos sistemas se encontraron, y su reaparición en algunos fueros municipales, bajo la figura del “*homecillo*”, lleva a preguntarse si en nuestro País fue herencia visigoda, influencia árabe o fruto de la conjunción de ambos sistemas, además de plantearse el problema de posibles prácticas primitivas ibéricas subyacentes bajo la Administración romana. Con todo el recurso a la venganza familiar tenía que autorizarlo el Cadí; y si la familia no ejercitaba la venganza correspondía al Cadí aplicar las sanciones, determinadas aplicando un sistema de penas tasadas, según la gravedad del delito. Este sistema implica un estadio de evolución hacia la justicia administrada por el poder público.- 2º Los *predeterminados y con pena tasada* son los siguientes: Apostasía, Bandolerismo, Calumnia, Embriaguez, Fornicación (en sentido amplio que abarca los diversos delitos sexuales, entre ellos el adulterio y la pederastia), Hurto y Rebelión. Las *penas* aplicables, según el delito son las de amputaciones (de manos o pies según el delito y su reiteración), azotes, destierro, lapidación, muerte, multa, prisión, reprensiones y vergüenza pública (exposición, privación de ciertos honores). La concreción, dentro de este repertorio, de la sanción aplicable en cada caso se fija según reglas casuísticas que tienen en cuenta las circunstancias del caso: naturaleza del delito, la condición del autor y de la de la víctima, la reiteración, etc. 3º En los *delitos no tasados*, la libertad de criterio del Cadí es muy amplia.

El sistema islámico considera sancionables a los autores directos y a los colaboradores en la comisión del delito, sin diferencias notables en cuanto a la pena aplicable. A la sanción propiamente dicha se adicionarán las alcafaras a que nos referimos al estudiar el procedimiento.

5. El procedimiento

A. Carácter general.- El sistema procesal islámico es muy sencillo, responde a los principios de *oralidad e inmediatez* y al carácter religioso de todo el sistema jurídico musulmán. La vinculación religiosa se manifiesta en que el lugar en que ordinariamente el Cadí administra justicia sea la mezquita y en las alcafaras objeto de la sentencia. Por otra parte, y de conformidad con la sencillez del proceso, el sistema procesal es único para lo penal y lo civil. Esto, no obstante, en ocasiones se han nombrado jueces con facultades limitadas a materias determinadas, lo que en la práctica ha originado jurisdicciones especiales como la del *cadí-al- ancah* (con competencias en materia matrimonial), o el *zabaxorta* (jefe de la *xorta* o policía criminal, con competencias en materia penal).

B. El Cadí.- El juez islámico responde a los siguientes *requisitos*: 1º Para ser Cadí se precisa: ser musulmán, tener la cabeza clara y ser honesto. La mayoría de las escuelas entiende que sea varón, pero los hanefitas admiten que una mujer pueda ser juez.- 2º No se requiere que sea conocedor del Derecho, debido a que actúa asesorado por un alfaquí.- 3º Su cargo es de nombramiento califal.

C. El alfaquí.- El alfaquí es el *único jurista* llamado a intervenir en el proceso, pues al Juez no se le requieren conocimientos del *fiq* y no está prevista la intervención de abogados. El alfaquí asiste al juicio a título de “*amicus curiae*”, en caso necesario puede incluso participar en los interrogatorios, pero su función esencial consiste en asesorar al Cadí como técnico en derecho, si bien su opinión no es vinculante para el juzgador.

D. Tendencia a la instancia única.- Ordinariamente el Cadí actúa en única instancia. Ciertamente el Islam conoce la figura del Cadí de los Cadies (Cadí-al-Cuda), llamado también Cadí de las Injusticias. Pero su función no es propiamente una segunda instancia, de suyo ejerce una función revisora, respecto de los Cadies sospechosos de incompetencia o de inmoralidad. Con todo, en la práctica, los límites de la función del Cadí de los Cadies resultan frecuentemente imprecisos.

E. Desarrollo del procedimiento.- El juicio se desarrolla en un lugar relativamente apartado de la mezquita, es oral (aun cuando se admite la demanda

escrita y que un secretario o *Katib* tome nota y levante acta), y sin abogados. El Cadí dirige el procedimiento y puede interrogar a partes y testigos e incluso aconsejarles si lo hace con imparcialidad. La prueba por excelencia es la testifical. La prueba documental ofrece dudas, pues antaño era fáciles las falsificaciones, y no existían fedatarios, por lo que la autenticidad del documento ha de ser avalada por testigos.- Se admiten los cojuradores. Antes de dar por terminadas las actuaciones y de dictar sentencia, el juez ha de preguntar solemnemente a las partes en presencia de dos testigos, si tienen algo más que manifestar o proponer. Este requisito es esencial, sin duda como garantía procesal.

F. Las sentencias.- Antes de dictar sentencia, el Juez ha de interesar la opinión del alfaquí que ha asistido al juicio, pero no está vinculado por la opinión de su asesor. Como consecuencia de la identificación entre Derecho y Moral, la infracción legal siempre tiene algo de pecado y las sentencias de un juez islámico, incluso las que un jurista español calificaría de civiles, junto a la resolución del objeto de litigio, *adicionan una medida religiosa* consistente en 1º la obligación adicional de satisfacer una *alcafara*, es decir, una limosna-multa que fija el juez, por ejemplo entregar determinada cantidad a un hospital; también puede consistir en manumitir un esclavo; y 2º el *acto de purificación* consistente en lavarse con agua corriente (queda excluida el agua estancada), lavando determinadas partes del cuerpo y efectuando unas oraciones, partes y oraciones que varían según el objeto de la condena; finalmente para secarse deberá utilizar sábanas que no tengan ni un hilo de seda.

6. Sectas

En el seno de los sunitas, han surgido sectas, o si se prefiere banderías, del mismo modo que entre los cristianos existen diversas corrientes políticas que se proponen ser conformes con las doctrinas de Cristo (carlistas, falangistas, etc.), y otras no tan conformes (librepensadores, comunistas, etc.). Su número es grande y no cabe su análisis en este trabajo. Señalemos a título de ejemplos que, entre los movimientos ortodoxos sunitas, es decir que adhieren a alguna de las cuatro escuelas ortodoxas, figuran los *almorávides* que invadieron nuestra patria, se proponían ser un movimiento puritano; más modernamente los *wahabitas* que constituyen un movimiento ascético, que además del vino prohíbe el tabaco. La corriente más acusada de misticismo la encarnan los *sufíes*, si bien dentro de esta corriente militan sunitas y xiitas. En cambio, los *mutaciles* niegan que la condena infernal sea eterna, pues pretenden que nada es eterno. Los *sanusitas*, fundados por el Jeque Sanusi a principios del siglo XIX, son malequitas, puritanos que, además del vino, prohíben el tabaco; combatieron el colonialismo, particularmente el francés. Los *ibadies* hacen hincapié en que ninguna familia puede pretender ser sucesora del Profeta.

III. LOS XIITAS

1. Caracteres comunes

A. Fundamentos doctrinales.- Entre los xiitas se registran importantes divisiones. No obstante, tienen en común las notas que seguidamente señalamos.

a) Su condición de musulmanes por lo cual, al igual que los sunitas, consideran a Mahoma un enviado de Dios y que el Corán es un libro inspirado que contiene la relación incompleta de las revelaciones de Dios a Mahoma. Por tanto, lo indicado más arriba sobre Mahoma y el Corán *es aplicable a los xiitas* y lo damos por aquí repetido.

b) Rechazan en cambio las fuentes complementarias de la doctrina sunita (Sunna, Ixmá y quiyás) y el sistema de las cuatro escuelas ortodoxas.

c) Admiten otra Sunna consistente en pretendidas revelaciones de Mahoma a su yerno Alí y consiguientemente admiten exclusivamente los hadices basados en las manifestaciones atribuidas a Alí.

d) De sus fuentes (Corán y Sunna de Alí), sin escuela ortodoxa, resulta una doctrina más imprecisa que la sunita y ésta es una de las causas de sus divisiones internas.

e) La doble doctrina de que el *Califato corresponde a Alí y sus descendientes* y de que Alí gozaba de *asistencia divina* y consiguientemente era infalible. A Alí, y en general a sus descendientes que asumieron la jefatura del Islam, les dan el título de Imám. El sentido de este término ha variado. En origen, se daba al director de la plegaria, y de ahí pasó a designar al Jefe supremo político-religioso. La aspiración al Imanato de diversos descendientes de Alí es otra de las causas de desavenencias entre los xiies.

f) La creencia en el *Imám oculto*, consistente en la convicción de que un Imám, descendiente de Alí, permanece oculto y de que algún día volverá asumiendo la función de Mahdi, ser superior, lleno de justicia y bondad.

g) La doctrina de la *takiyah* o del *disimulo de la propia fe* en situaciones de peligro y persecuciones o de necesidad. Las persecuciones de los xiies que fueron objeto en muchas ocasiones originó esta doctrina. Esta doctrina permite a

los xiies efectuar la peregrinación a La Meca sin demasiadas dificultades, pese a que la Kaaba radica en territorio sunita.

h) La apertura a la *influencia de la gnosis*. El grado de aceptación de la gnosis e incluso la diversidad de las doctrinas de origen gnóstico, da lugar a importantes variantes entre las diversas escuelas xiitas. La introducción de la gnosis en sus doctrinas es consecuencia de los contactos con territorios que originariamente no eran musulmanes. Al parecer la corriente gnóstica tenía gran importancia en la Persia pre-islámica.

i) La conmemoración, el décimo día del primer mes del año musulmán, de la muerte de Al-Husein, hijo de Alí al que asesinaron los Omeyas. Existen muchas variables en la intensidad de la celebración de la muerte de Al-Husein, En Irak, los más extremistas se auto-azotan.

B. Sistema jurídico.- El sistema jurídico xiita tiene grandes analogías con el sunita debido a su común fundamento coránico. No obstante, se pueden señalar las siguientes diferencias fundamentales. 1º Los xiitas rechazan las normas sunitas sobre la sucesión de Mahoma.- 2º El sistema sucesorio civil se aplica favoreciendo a las mujeres.-. 3º Se reconoce el matrimonio temporal que rechazan los sunitas.-4º Es distinta la fórmula de convocatoria de los fieles a la oración, lo que, acompañado de algunas variantes rituales, impide el rezo conjunto de xiitas y sunitas.- 5º Los xiitas prescinden de las precisiones interpretativas de las cuatro escuelas sunitas.- 6º Según R. David, la legislación tradicional persa se vio matizada por precedentes preislámicos.

2. Causa de las divisiones en el seno de la Xia

Varias explicaciones se han dado sobre las divisiones entre los xiitas. Personalmente creemos que sus divisiones obedecen a diversas causas concurrentes y principalmente a las siguientes: 1º La dificultad de fijar la descendencia de Alí agravada por las guerras civiles y muertes de los primeros tiempos del xiismo, lo que dio lugar a linajes rivales; entre los muertos violentamente figuran el propio Alí y su descendiente directo Husein. 2º La propia indeterminación del sistema sucesorio cuando los descendientes de Alí se multiplican por vía de filiación natural y en un sistema en que los derechos de primogenitura no están claramente definidos en la norma básica, el Corán.- 3º La mayor apertura a opiniones personales, o de secta, por causa del sistema xiita de fuentes, lo que facilitó la introducción de doctrinas gnósticas.- 4º Diferencias de intereses subyacentes en las divergencias doctrinales.- 5º Muchas de las diferencias doctrinales entre las distintas sectas xiitas pueden parecernos de poca trascendencia, pero fueron suficientes para originar importantes disidencias e incluso luchas sangrientas.

3. Principales corrientes

A. Zaidies.- Los zaidies toman su nombre de Al-Zaid, nieto de Husein y por tanto bisnieto del Alí. Sustentan que, para asumir el Califato, no basta ser descendiente de Alí, es preciso esforzarse por asumir el cargo. Por otra parte, admiten la legitimidad de los dos primeros Califas, Abu Beker y Omar, por pedirlo las excepcionales circunstancias atravesadas por el Islam inmediatamente después de la muerte de Mahoma. Intervinieron en diversas guerras en el seno del Islam. Actualmente los restos de esta corriente son importantes en el Yemen.

B. Duodecimanos.- Al fallecer Husain descendiente y heredero de Alí, preciso era escoger entre los otros descendientes, lo que llevó a la división entre ismaelitas, a los que nos referiremos seguidamente y duodecimanos, así llamados por su creencia de que, tras el gobierno de doce Imanes descendientes de Alí, el doceavo permanece oculto y está llamado a venir algún día como Mahdí. Los duodecimanos constituyen la rama más numerosa del Xiismo y su doctrina es la oficial en Irán. Al parecer el número de doce está tomado de la gnosis y la esperanza en el Mahdí refleja una influencia de las doctrinas judeo-cristianas sobre el Mesías; en otras palabras, el duodecimanismo recoge influencias extra-islámicas. El Sha de Persia era considerado gobernante legítimo en calidad de vicario del Imam oculto.

C. Ismaelies.- Toman su nombre de Ismail, hermano del Imám Muza, sobrino-nieto de Zaid y cuarto descendiente de Husain, hijo de Alí. Los ismaelitas se dividieron en varias tendencias. Una rama ismaelita predomina actualmente ente los xiitas de Pakistán. Lo ismaelitas se vieron muy influidos por la gnosis lo que se refleja en las tendencias, incluso panteístas de los cármatas, secta derivada de la ismaelí.

D. Fatimitas.- Un movimiento ismaelita, los llamados *fatimitas*, por el nombre de la esposa de Alí, muy combativos al menos en sus primeros tiempos consiguió dominar Egipto y parte del Próximo Oriente y la dureza de sus ataques a los cristianos de Tierra Santa provocó la reacción que dio lugar a las Cruzadas. El Estado fatimita se caracterizó por introducir elementos místicos, incluso iniciáticos, en su ideología e incluso en sus prácticas.

E. Cármatas. Constituyen otra rama de origen ismaelí. Fue fundada por Abdulah-ibn-Maimún, pero su principal propagador fue Hamdan Qarmat de cuyo nombre parece derivar el de la secta. Su doctrina, muy influida por la doctrina gnóstica, es emanantista, de tendencia panteísta y atribuye relevancia casi mística el número siete. De ahí que pretenda que los Imanes primitivos fueron siete y no

doce y que sustente que el tiempo se divide en siete ciclos, que el sexto es el de Mahoma y el séptimo corresponde a Abdulah-ibn-Maimún. Asimismo, pretende que de una Divinidad sublime e inaccesible emanan la Razón universal, el Alma universal, la Materia prima, el Espacio, el Tiempo y el Mundo terrestre. Los cármatas constituyeron una asociación secreta, propia de iniciados, con sus asambleas o órganos de dirección.

F. Asesinos (haxaxí).- El término español “asesinos” deriva del vocablo árabe "haxix" y se aplicó a los miembros de esta secta por su hábito de fumar dicha droga para sentirse trasportados al paraíso islámico. El sentido que la voz “asesino” ha tomado entre nosotros, para designar uno de los delitos de sangre más graves, ilustra ya sobre las prácticas de los miembros de la secta. Esta bandería fue fundada por Hasan-ben-Sabbah que actuó inicialmente como agente de los fatimitas para reclutar partidarios, pero posteriormente se independizó, más política que doctrinalmente. Lo asesinos no solo defendieron su independencia, sino que, dirigidos por el llamado “Viejo de la Montaña”, no dudaron en utilizar métodos violentos para defenderse y para eliminar a sus enemigos, si bien con los mogoles declinó su poder.

G. Jaisanitas – Los individuos de esta secta se pronunciaron a favor de Mohamed-ibn-Hanafiyah, hijo de Alí, pero no de Fátima. Sus partidarios le consideraron manifestación divina, por lo que el propio Alí los calificó de blasfemos y repudió. Los miembros de esta corriente fueron propensos a grandes fantasías y registraron importantes divisiones entre sí, quizá la más importante fue la división entre los que tenían por Imam a Hamza-ibn-Umrah y los que se inclinaron por Al-Baqir. Estos últimos acabaron por adherir en gran parte a los duodecimanos.

H. Drusos.- Como consecuencia de una de las disensiones entre los fatimitas, una fracción de los disidentes, capitaneados Al-Darazi, de cuyo nombre deriva el de la secta, se estableció en Siria y el actual Líbano, y practica una doctrina emanantista completada por creencias, de carácter esotérico relacionadas con la metempsicosis.

I. Sectas haximitas.- Damos este nombre a un conjunto de sectas que, con todo y sustentar la legitimidad e Alí y su sucesión, admitían que el titular de la misma pudiera transmitir la condición de Imam a un sujeto que no fuera descendiente del marido de Fátima. De acuerdo con este punto de partida pretendieron que, al morir, Abu Haxim había legado el imanato a Abdala-ibn-Mohabia, descendiente de un hermano de Alí; otros se inclinaron por la descendencia de un primo de Mahoma. Estas sectas fueron consideradas heréticas por la mayoría de los xiitas y están actualmente prácticamente desaparecidas. Las señalamos para reflejar las divisiones que pudieron surgir en el xiismo.

J. Sufies xiitas.- Los sufies a los que nos hemos referido al tratar de las sectas sunitas, se caracterizan por sus tendencias místicas y la práctica de su misticismo está abierta a todos los musulmanes. De ahí que, junto a sufies sunitas otros sean xiitas.

IV. LA CRISIS DE LA EDAD CONTEMPORANEA

1. Causas

En el siglo XIX, el Islam registró una grave crisis política e ideológica. En el curso de la historia, el Islam había sufrido altibajos, había conocido victorias y derrotas. Pero siempre subsistía, al menos formalmente, un califato y el área fundamental del territorio ocupado por los musulmanes dependía de gobernantes islámicos. Este panorama cambia con el desarrollo del colonialismo en África y el Próximo Oriente. El cambio se apunta con la expedición de Napoleón a Egipto y se evidencia con la expansión colonial afro-asiática de las potencias europeas, Francia e Inglaterra principalmente, acompañada de las consiguientes derrotas militares de los musulmanes. Francia ocupa Argelia y Túnez, e Inglaterra ocupa Egipto, teóricamente virreinos turcos y en todo caso poblados por musulmanes. Las potencias europeas se reparten el África negra, gran parte de la cual es musulmana. La colonización permite el desarrollo económico de muchos territorios musulmanes, pero ese desarrollo se efectúa en interés exclusivo de los colonos europeos. El proceso de decadencia culmina en la abolición del califato por Kemal Atatürk tras ser derrotada Turquía en la Primera Guerra Mundial. Esta situación chocaba con el principio coránico “*el infiel no puede gobernar al fiel*” y provocó diversas reacciones que dieron lugar a las corrientes que señalamos seguidamente. En las nuevas corrientes cabe advertir un *cruce entre la ideología islámica y doctrinas de origen europeo*, en último término, se acusa un cruce de culturas y cosmovisiones. En *síntesis*, las causas han sido *políticas* (las derrotas militares y la colonización), *económico-sociales* (el atraso económico y consiguiente pobreza de muchos países musulmanes) así como *culturales* (la inferioridad científica, particularmente técnica del Islam moderno respecto de Europa y América) que origina una inferioridad *económico-política* (escasez de industria, la extracción de petróleo en manos de compañías anglosajonas, etc.).

2. Corrientes político-doctrinales

A El Islamismo “progresista” o reformista.- Utilizamos la expresión “progresista” entrecomillada por cuanto dudamos que un musulmán se sirviera de

ella. Con todo creemos que justifica su utilización su paralelismo con el llamado catolicismo “progresista” que se propone ser ortodoxo, pero apartarse de las posturas clásicas, propugnando reformas modernizadoras, más o menos acertadas según los casos. La corriente progresista islámica parece iniciada, en el siglo XIX, por algunos profesores de la Universidad del Azar (la gran Universidad del Islam sunita, establecida en El Cairo). Sintetizando “a la europea” una doctrina bastante compleja, los partidarios de esta corriente vienen a tener las siguientes características: 1º Se proponen seguir siendo musulmanes ortodoxos.- 2º Se proponen introducir reformas que permitan a los musulmanes ser eficaces frente al peligro europeo.- 3º Vienen a introducir la tesis de que el Corán, junto a normas permanentes contiene otras contingentes, lo que supone un cambio radical en las doctrinas islámicas.- 4º Para introducir esta reforma trataron de apoyarse en la propia historia de la predicación de Mahoma; muy en síntesis recordaron que, cuando a Mahoma se le objetaron algunas contracciones, el Profeta vino a responder que, si el mandato divino había cambiado, se debía a que las circunstancias habían variado; de ello dedujeron los musulmanes “progresistas” que en el Corán sigue habiendo reglas permanentes junto a otras contingentes; y que, al haber cambiado las circunstancias no se precisaba estar a las normas contingentes dictadas para otros tiempos.

Se desarrolló esta corriente entre musulmanes cultos, muchos de los cuales habían estudiado en Europa y que deseaban mejorar la situación de sus países y armonizar las ciencias modernas, que conocieron al estudiar en las Universidades europeas, con la doctrina musulmana. Militaron en la corriente progresista los reformistas turcos que en el paso del siglo XIX al XX, se propusieron reformar el Imperio Otomano para poner fin a su decadencia. Por ejemplo, modernizaron el ejército y promulgaron un Código civil cuyo contenido respetaba estrictamente el sistema sunita hambalita, pero que formalmente se estructuraba en artículos redactados como un Código europeo (solución que desagradó a los ortodoxos conservadores).

B. Los agnósticos de origen musulmán (musulmanes descreídos).- Un importante sector de los actuales políticos “progresistas” musulmanes, sobre todo los de formación francesa, cuyo sistema educativo es agnóstico, son asimismo *agnósticos*, y *nacionalistas* (a la europea) en interés de su país (Argelia, Túnez, etc.). Tratan por tanto de adoptar los sistemas de gobierno europeos con el objetivo de consolidar la independencia de sus respectivas patrias y desarrollarlas económicamente, prescindiendo de la religión, pero evitando en lo posible combatirla. Es decir, quieren copiar a los europeos para poder rechazar su dominio.

Esta corriente, propia de musulmanes descreídos, se manifiesta en Túnez en las medidas adoptadas por Burguiba y sus partidarios para establecer una enseñanza a la francesa, marginando las escuelas islámicas. Vienen a constituir la versión islámica de una mentalidad del tipo de la de Combes y Waldeck-Rousseau

en Francia y Azaña en nuestra patria. Kemal Ataturk, aun cuando nunca renegó del Islam, actuó como un agnóstico: abolió el califato, promulgó Códigos inspirados en los europeos, estableció un matrimonio monógamo y civil, etc., lo que fue acompañado de una reforma administrativa radical y a la europea.

C. El Baas.- El Baas es un movimiento nacionalista-árabe, nacido en el siglo XIX, en territorio turco y con gran participación inicial de los árabes cristianos, con formación cultural a la europea. Como sus primeros miembros eran cristianos, no sentían reverencia religiosa hacia el califa de Estambul; como árabes influidos por el nacionalismo de Occidente, aspiraban a la creación de un Reino árabe; y como entre los árabes cristianos predominaban los pobres, eran socialistas no marxistas. Finalmente, al ser minoritarios, aceptaron en sus filas a los árabes musulmanes “progresistas” o agnósticos, los cuales han llegado a ser mayoritarios en el seno del Baas. Entre otros pertenecen a este movimiento los dictadores Naser de Egipto, Beshir de Siria y Sadam de Irak; de ahí que Sadam Husein tuviera ministros cristianos, y que los musulmanes ortodoxos combatan a Beshir de Siria. Inspirado por este movimiento tuvo lugar el fallido intento, después de la Segunda Guerra Mundial de crear una República Árabe Unida integrada inicialmente por Siria y Egipto.

D. Las posturas tradicionales.- La concepción clásica del Islam sigue teniendo gran predicamento entre los musulmanes, y los partidarios de esta corriente aspiran a restablecer un califato independiente y poderoso. En ella se inspiran algunos gobiernos como el de Arabia Saudí, movimientos político-religiosos como los hermanos musulmanes en Egipto y siguen sus doctrinas grandes masas de población destacadamente, pero no únicamente, las masas incultas. Desconocemos la proporción exacta de musulmanes ortodoxos, pero parece fuera de duda que son manifiestamente mayoritarios; y cuando tienen lugar intentos de pasar de sistemas dictatoriales “progresistas” a otros parlamentarios asimismo “progresistas”, el resultado de las elecciones hace fracasar tal propósito al arrojar resultados mayoritariamente “ortodoxos”. Así ha sucedido en Argelia, Túnez y en Egipto con los Hermanos Musulmanes. La resistencia ortodoxa ha revestido a veces vías curiosas: por ejemplo Kemal Ataturk, promulgó un Código civil directamente inspirado en el suizo y estableció un matrimonio civil a la europea y monógamo; no obstante, me indicaba el Profesor Kemal Elbir que los campesinos de Anatolia siguen practicando un matrimonio polígamo “cuasi legítimo” por la vía de no contraer matrimonio civil (único oficial, a la francesa), pero celebrando matrimonio islámico “extra-legal”, ante el oficiante islámico de su pueblo, con lo cual oficialmente todos sus hijos son naturales, pero en una situación admitida como legítima por los lugareños.

E. Los xiitas.- Los xiitas han acusado estas mismas tendencias si bien adaptadas a su concepción del Islam. Por ejemplo, el último Sha de Persia, actuando de acuerdo con el islamismo modernista (e invirtiendo en el desarrollo las

rentas del petróleo) impulsó un gran progreso económico de su País (construcción de vías de comunicación, de empresas, escuelas modernas de agricultura, etc.), promulgó una legislación modernizadora (limitación de la poligamia a la bigamia, recogiendo el criterio restrictivo que hemos visto tenía Mahoma, divorcio a la europea, acceso de las mujeres a la Universidad, etc.). Ya entre las dos Guerras Mundiales, el entonces Sha promulgó un Código civil inspirado en las técnicas europeas. Ahora bien esta misma política contribuyó a la caída de la dinastía Palhevi, pues se hizo la enemiga de los musulmanes conservadores, encabezados por los jefes religiosos (los ayotálás), a la que se adicionaba la enemiga de la izquierda comunista, y la de las grandes empresas petroleras (estas últimas porque limitó su explotación e impuso la participación del Irán en las rentas del petróleo) y tras las petroleras estaban los Estados anglosajones.

Sintetizando la situación del Islam tras la Segunda Guerra Mundial, R. David señalaba tres tipos de gobiernos: 1º Los que tratan de mantener el sistema clásico (Arabia Saudí, Yemen, y Afganistán antes de la invasión soviética, etc.).- 2º Los que trataban de adecuar sus gobiernos a necesidades modernas (Egipto, Túnez, Persia y la mayoría de los Estados islámicos independientes).- y 3º Los que renegaban del precedente musulmán (los Estados en manos del comunismo como Albania y las Repúblicas soviéticas de mayoría musulmana en que se trató de introducir un derecho basado en el materialismo histórico).

V. LA IMPRONTA DEL ISLAM EN ESPAÑA

1. Indicaciones generales

España sufrió una invasión musulmana que duró casi ocho siglos, la más larga sufrida por un País que se ha mantenido cristiano. Los musulmanes de España fueron exclusivamente sunitas, con absoluto predominio malequita. Y tratando de hacer un balance de su dominio en nuestra Patria, creemos deber distinguir entre las consecuencias políticas y las culturales.

a) Desde un punto de vista *político* la invasión islámica ha de ser calificada de catástrofe por la doble razón de que la expulsión de los invasores exigió ingentes esfuerzos y sacrificios que en otro caso podrían haberse aplicado al desarrollo del País; y sobre todo porque al ocupar inicialmente la casi totalidad de la Península, se formaron pequeños núcleos de resistencia que con el desarrollo de la Reconquista darían lugar a diversos Reinos, cuya reunificación fue difícil y en cierto sentido no ha sido completa, desde el momento en que Portugal ha permanecido separado del resto de la Hispania peninsular.

b) Por lo que se refiere al sustrato *étnico*, la invasión resultó de escasa trascendencia por cuanto numéricamente los invasores siempre fueron minoritarios, y las tropas islámicas, aun cuando dirigidas por árabes, estaban constituidas por una masa de tropa berberisca, es decir de una etnia de raza mediterránea afín a la de los íberos.

c) En cambio, *culturalmente* el dominio islámico fue muy positivo, cuando menos durante la Alta Reconquista, debido a que en aquel periodo los musulmanes (gracias a sus contactos con bizantinos y persas) habían alcanzado un nivel muy superior al de los europeos; y ello repercutió en los hispano-cristianos hasta el punto de que los europeos con inquietudes culturales venían a España para conocer los frutos de la ciencia árabe. Entre los visitantes culturales figuró el entonces futuro Papa Silvestre II quien, tras pasar por Ripoll, se desplazó a la España musulmana para ampliar estudios (4). En arquitectura los musulmanes realizaron obras del valor de la mezquita de Córdoba y la Alhambra granadina. La lección, una vez aprendida por nuestros compatriotas, permitió originar un estilo propiamente hispano, el *mudéjar* entre cuyos monumentos figuran creaciones del valor del alcázar de Sevilla y el monasterio de Guadalupe. Es asimismo exclusivamente española la literatura *aljamiada*. En la Alta Reconquista los clásicos de la Antigüedad (Platón, Aristóteles, etc.) que habían sido olvidados, fueron conocidos por las traducciones árabes. Asimismo, los musulmanes fueron transmisores de inventos chinos, entre ellos la pólvora y el papel. Estos inventos los conocimos los españoles y gracias a España se conocieron en Europa. La trascendencia del conocimiento de la *pólvora* es grande y no solo en la esfera militar, pues permitió disponer de un medio para ahorrar esfuerzos al hombre, por ejemplo, en minería. Además, revolucionó el arte militar. Las “lanzas de fuego” obligaron a reformar la estructura de las fortalezas para hacerlas resistentes a los bombardeos; este cambio llevó a crear los ejércitos permanentes en sustitución de las mesnadas nobiliarias y por tanto originó un gran cambio político y social. Pero quizá tenga más trascendencia el conocimiento del *papel*. Gracias a la conquista de Valencia por Jaime I se conocieron, en España primero y después en Europa, las fábricas de este producto establecidas en Játiva. Antes de disponer de papel, los escritos se reproducían sea en papiros (producto semi-perecedero de difícil conservación), sea en pergamino (material de difícil obtención por precisarse, para obtener unas pocas hojas, alimentar y sacrificar un animal, curtir su piel, y trabajarla para alisarla de modo que fuera utilizable por el escriba). Sin papel el invento de la imprenta hubiera sido inútil. El papel permitió la edición de libros en serie, ha sido el sustento material de la difusión de la cultura e incluso del buen funcionamiento moderno de la administración pública y privada (permite disponer de archivos de correspondencia, de libros de contabilidad, etc.).

2. Consideración especial del Derecho

En opinión de la mayoría de los historiadores de nuestro derecho, el derecho islámico no ha influido sobre el nuestro debido al carácter religioso del *fiq* y al principio de personalidad aplicado por los musulmanes. Ciertamente no podía pasar por la cabeza de los cristianos la idea de aplicar directamente las normas de la religión contra la que combatían. Pero consideramos que el sistema musulmán influyó en nuestro País por dos vías: la costumbre y el ejemplo administrativo.

a) Creemos de origen musulmán, dos instituciones civiles, una de naturaleza contractual y la otra económico-matrimonial: el contrato de *salet* y el *aixovar* catalán. Induce a pensar en su procedencia islámica su analogía entre el sistema islámico y el practicado en España. El contrato de *salet* es un contrato mixto de compraventa y custodia de productos agrícolas, en virtud del cual un agricultor vende una cosecha y se compromete a custodiarla hasta que el comprador decida proceder a su recolección. Este sistema hoy en día se practica en Valencia con la naranja, fruta por cierto introducida en España por los musulmanes. El *aixovar* (ajuar) es una dote del marido a la mujer, propio del derecho foral del Campo de Tarragona, es decir del territorio catalán que permaneció más tiempo en poder de los musulmanes; esta institución concuerda con el *acidaque*, o sea con la dote del marido del sistema islámico.

b) Nuestros fueros municipales recogen dos instituciones que aparecen tanto en Derecho germánico como en el islámico, probablemente por ser propias de un estado determinado de desarrollo de la civilización: la *composición penal* (el *Wergeld* de los germanos) y los *cojuradores*. (sujetos que no son testigos directos, pero acreditan la veracidad de quien declara como testigo o como parte). Una opinión frecuente es que estas instituciones permanecieron latentes en la España visigoda y vuelven a salir a la superficie en la Alta Reconquista. No obstante, dada su concordancia con el modelo musulmán, que estaba presente durante la Reconquista, parece mucho más probable sea que “renacieron” por el ejemplo islámico, sea que, habiendo permanecido efectivamente latentes, el ejemplo islámico reforzara su aparición.

c) Ya hemos visto que lo que en España llamamos Derecho administrativo, no forma parte propiamente del *fiq*, que para el jurista musulmán son meras medidas del Califa para asegurar el buen funcionamiento de la comunidad islámica. Entre estas instituciones, los Fueros municipales recogen instituciones propias de la administración musulmana como el *zabazoque* (el *Sahib-al-zuq* de los árabes), el *zalmedina* (*Sahib-al-madinat*) el *zabaxorta* a que ya nos hemos referido y el *alguacil* (degeneración del visir, en la época de decadencia de las taifas). Ribera sostuvo que el Justicia de Aragón se inspiró en el *Cadi* de las Injusticias.

d) Otras dos instituciones de nuestra Historia concuerdan con las practicas musulmanas: el *almacén general* cuya coincidencia con la organización económica de los musulmanes es manifiesta y el *quinto* que percibía el rey de España de las explotaciones mineras americanas y concuerda con la participación del gobernante musulmán en los frutos de expediciones y conquistas.

NOTAS

(1) Utilizamos los términos *tribu-familia* y *gens*, éste procedente del sistema romano, por la analogía entre las formas de vínculo familiar romano y el árabe primitivo, que abarca la familia en *sentido amplio* y comprende a todos los descendientes de un antepasado común: hermanos, tíos, primos, primos segundos, etc.

(2) Dada la naturaleza de este trabajo, para los términos árabes utilizamos las grafías ordinarias en España, aun cuando no sean siempre las mejor adaptadas a la fonética árabe; así escribimos Califa en lugar de Jalifa, etc.- El árabe tiene un sonido cercano a la SCH alemana y a la SH inglesa. Cuando para ese sonido está consagrado un modo de reproducción lo respetamos, por ejemplo, al referirnos al *Sha* de Persia. En los otros utilizamos la X, como en el caso de los *xiitas*. Escogemos la X de conformidad con la tradición hispana pues el catalán conserva este sonido en *aixovar* y el castellano tuvo un sonido parecido en *Xerez* y *Quixote*, que, probablemente en el curso del siglo XVIII se substituyó por la J actual.

(3) *Estambul* es una deformación, según la fonética turca, de *Constantinopolis*; Constantino ha quedado reducido a *Istán* y el *bul* que termina esta palabra corresponde al *polis* griego.

(4) Quien desee conocer lo que representó la cultura árabe desarrollada en nuestra Patria debe consultar la obra de JUAN VERNET GINÉS, *La cultura hispano-árabe en Oriente y Occidente*, 1974.

EL EMPLEO LEGAL E ILEGAL DE REFUGIADOS EN AUSTRIA*

[LAWFUL AND UNLAWFUL EMPLOYMENT OF REFUGEES IN AUSTRIA]

Günther Löschnigg y Nora Melzer-Azodanloo

Fecha de recepción: 17 de enero de 2018

Fecha de aceptación: 23 de febrero de 2018

Sumario: I. EL EMPLEO DE ASILADOS COMO PROBLEMA GENERAL/POLÍTICO-SOCIAL.- II. DATOS/HECHOS.- III. EL PUNTO DE PARTIDA: EL CONVENIO DE REFUGIADOS DE GINEBRA.- IV. DISTINCIÓN DE DERECHOS DE ASILO.- V. EL ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO AUSTRIACO.- VI. COMPLICACIONES Y FACILIDADES EN EL ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO.- A. EL LLAMADO DECRETO *BARTENSTEIN*.- B. FALTA DE TRABAJO ESPECÍFICAMENTE SECTORIAL.- C. ALOJAMIENTO DE EXTRANJEROS QUE VAN A TRABAJAR.- D. EXTRANJEROS JÓVENES.- VII. EL AÑO DE INTEGRACIÓN.- A. EL AÑO DE INTEGRACIÓN OBLIGATORIO.- B. EL AÑO DE INTEGRACIÓN VOLUNTARIO.- VIII. ACTIVIDADES AUTÓNOMAS.- IX. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL EMPLEO INADMISIBLE DE REFUGIADOS.- X. CONCLUSIÓN.

Contents: I. THE EMPLOYMENT OF REFUGEES AS A GENERAL/POLITICAL-SOCIAL PROBLEM.- II. DATA/FACTS.- III. THE STARTING POINT: THE REFUGEES CONVENTION OF GENEVA.- IV. THE DIFFERENT ASYLUM RIGHTS.- V. THE ACCESS TO AUSTRIAN LABOUR MARKET.- VI. DIFFICULTIES AND ESASINESSES IN THE ACCESS TO LABOUR MARKET.- A. THE SO-CALLED *BARTENSTEIN* DECREE.- B. THE LACK OF SPECIFICALLY SECTORIAL WORK.- C. THE ACCOMMODATION OF FOREIGNERS GOING TO WORK.- D. YOUNG FOREIGNERS.- VII. THE INTEGRATION YEAR.- A. THE MANDATORY INTEGRATION YEAR.- B. THE VOLUNTARY INTEGRATION YEAR.- VIII. SELF-EMPLOYED ACTIVITIES.- IX. LEGAL CONSEQUENCES DERIVING FROM THE UNLAWFUL EMPLOYMENT OF REFUGEES.- X. CONCLUSION.

* Traducción al castellano, desde el alemán original (*«Legale und illegale Beschäftigung von Flüchtlingen in Österreich»*), de Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela.

Resumen: Este trabajo analiza la legislación austriaca sobre trabajo de los refugiados. Discute las exigencias para ser aceptados en el mercado de trabajo austriaco, así como las medidas de integración previstas en él. También aborda las consecuencias que se derivan del empleo ilícito de refugiados.

Abstract: This work analyzes the Austrian legislation relating to employment of refugees. It discusses the requirements to be accepted in the Austrian labour market, as well as the integration measures foreseen in it. It also deals with the legal consequences deriving from the unlawful employment of refugees.

Palabras clave: Austria, Integración, Empleo legal, Refugiados, Empleo ilegal

Keywords: Austria, Integration, Lawful employment, Refugees, Unlawful employment

* * *

I. EL EMPLEO DE ASILADOS COMO PROBLEMA GENERAL/POLÍTICO-SOCIAL

La regulación normativa del empleo de extranjeros constituye siempre un acto de equilibrio político-social. Por un lado, se trata de la protección del mercado de trabajo nacional, esto es, de la protección frente al trabajo escaso por la concurrencia de «extranjeros», así como de la protección de las condiciones de trabajo mejores de los trabajadores/as nacionales frente al dumping social y salarial de la mano de obra extranjera. Por otro lado, se trata de la protección de los trabajadores extranjeros en su calidad de población activa dependiente, esto es, de la protección en el sentido de la idea generalmente reconocida de seguridad social para todas las personas.

Sobre la base de la modificación numérica del flujo migratorio, también se ha modificado la aproximación política. Hasta los años 90 se contemplaban como prioritarias las repercusiones en el mercado de trabajo, y actualmente se efectuarán predominantemente consideraciones políticas de seguridad¹.

También se intensificará la discusión por causa de la situación económica. El boom económico de los años 70 ha hecho un hueco al miedo frente a la recesión económica. Las altas tasas de desempleo atizan el miedo a compartir.

Finalmente, también hay que verificar un cambio semántico/conceptual en el ámbito de la lengua alemana. Del «trabajador/a invitado» y del invitado extranjero se pasó en Austria al/la «migrante», al/la «asilado/a», al/la «extranjero/a» y al/la «fugitivo/a».

II. DATOS/HECHOS

La contemplación demográfica del tema del asilo requiere en todo caso un reacomplamiento con el desarrollo poblacional general. En relación con Austria, esto significa lo siguiente.

¹ También, cfr. *Peyrl/Neugschwendtner/Schmaus*, *Fremdenrecht*, 6ª ed. (2017), 35.

El 1 enero 2017 vivían en Austria 8.772.865 personas, de las que 7.430.935 eran austríacas y 1.341.930 extranjeras. El porcentaje más alto de extranjeros lo representa Viena, con el 28,6 por ciento.

	1 enero 2016	1 enero 2017
Población total	8.700.471	8.772.865
Nacionales austríacos	7.432.797	7.430.935
Nacionales extranjeros	1.267.674	1.341.930

(Fuente: Statistik Austria)

En el año 2017 (incluido noviembre), las estadísticas del Ministerio federal del Interior muestran 22.739 solicitudes de asilo². El 60,6 por ciento de todas las solicitudes de asilo eran de hombres, y el 39,4 por ciento de mujeres. 1.661 solicitudes de asilo procedían de menores acompañados.

La mayor parte de solicitudes de asilo venía de personas procedentes de Siria (30,6 por ciento). Tras ellas, están los nacionales afganos (15,3 por ciento) y paquistaníes con el 6,3 por ciento³.

Las estadísticas del Ministerio del Interior⁴ indican en 2017 (hasta noviembre), en Austria, que se adoptaron 59.491 decisiones jurídicamente vinculantes, en primera y segunda instancias. De ellas, 25.152 fueron negativas y 27.785 positivas. El 55,7 por ciento de todas las concesiones positivas de asilo venían de nacionales sirios.

Los controles regulares de la policía financiera arrojaban en los últimos años tasas relativamente altas de trabajadores ilegales. Así, en el año 2016, se controlaron 30.439 empresas. De 54.579 personas empleadas en ellas, 12.962 eran trabajadores ilegales.

III. EL PUNTO DE PARTIDA: EL CONVENIO DE REFUGIADOS DE GINEBRA

² Ministerio federal de Interior, Estadística provisional de asilados de noviembre 2017 (2017), 3.

³ Fuente: Österreichischer Integrationsfonds, Jahresrückblick: Integration und Asyl 2017, 6.

⁴ Ministerio federal de Interior, Estadística provisional de asilados de noviembre 2017 (2017), 26.

Indudablemente, también en Austria, el punto de partida para efectuar valoraciones es el Convenio de Refugiados de Ginebra (GFK) de 1951⁵ y el concepto allí contenido de refugiado. Deben ser especialmente protegidas las personas que, por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social o por causa de su ideario político son perseguidas en su país, y abandonan (tienen que abandonar) éste. Además, son refugiados las personas que, como los apátridas, a consecuencia de un suceso determinado, como la persecución o la guerra, se encuentran fuera del país en el que tenían su residencia habitual, y no pueden regresar a él o, por causa de una eventual persecución, etc., no quieren regresar allí.

El GFK contiene, sin embargo, niveles diferenciados de protección para los refugiados. Por un lado, debe otorgarse a los refugiados el «trato más favorable» que se otorga a los nacionales de un país extranjero, en cuanto que extranjeros, bajo las mismas circunstancias (comparación con los extranjeros). Por otro lado, debe corresponder a los refugiados un trato igual que el que corresponde a los propios nacionales (comparación con los nacionales). Para el primer grupo, cuentan las disposiciones sobre el derecho a la admisión en una relación laboral (artículo 17 GFK), y sobre el ingreso en una actividad autónoma (artículo 19 GFK). El nivel de protección correspondiente al segundo hay que otorgarlo, sobre todo (artículo 24 GFK), en relación con la legislación laboral (vacaciones, jornada de trabajo, mejoras derivadas de los convenios colectivos, etc.).

Sin embargo, Austria no ha ratificado incondicionadamente el Convenio de Refugiados de Ginebra. El trato igual de los refugiados (con otros extranjeros), respecto al ingreso en un empleo (artículo 17, números 1 y 2, letra a, del GFK) no se asumió como obligación, sino sólo como recomendación en el Derecho austríaco⁶.

IV. DISTINCIÓN DE DERECHOS DE ASILO

La transposición de las obligaciones internacionales o europeas, en especial las del Convenio de Refugiados de Ginebra (véase arriba), del Convenio

⁵ Ratificado en Austria por B[oletín] O[ficial] F[ederal] 55/1955.

⁶ *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 10ª ed (2014), 196; *Ipsen*, Völkerrecht, 6ª ed., (2014), 431.

de Dublín de 1990⁷, del Reglamento de Dublín de 2013⁸ y de la Directiva sobre estatus⁹, se produjo en Austria a través de diversas Leyes. Importancia esencial tiene aquí la Ley de Asilo (AsylG) de 2005¹⁰, que también establece categorías de protección diferenciadas para grupos diferenciados de extranjeros.

Respecto de cuestiones jurídicas (jurídico-laborales), ante todo, hay que distinguir los siguientes grupos de personas:

a) **Solicitantes de asilo** son los extranjeros, desde el registro de una solicitud de protección internacional hasta la conclusión válida, el sobreseimiento o la pérdida de objeto del procedimiento (parágrafo 2, apartado 1, número 4, de la Ley de Asilo).

b) **Solicitantes de asilo en procedimiento de admisión** son los solicitantes de asilo que han aportado una solicitud de asilo, sobre cuya admisibilidad no se ha decidido todavía o cuyo procedimiento no fue tramitado todavía (parágrafo 1, número 1, de la GVG-B 2005)¹¹.

c) **Titulares de asilo** son personas cuyo estatus de titularidad de asilo fue reconocido. Este estatus se reconoce cuando resulta creíble que se amenaza al extranjero en su Estado de origen con persecución en el sentido del Convenio de Refugiados de Ginebra. La persecución también puede basarse en sucesos que han ocurrido, por causa de los cuales el extranjero ha abandonado su Estado de origen (motivos de evasión posterior objetivos), o basarse en actividades del extranjero que han impactado sobre éste desde su abandono del país de origen (motivos de evasión posterior subjetivos). Al extranjero hay que reconocerle de oficio y sin ulterior procedimiento el estatus de titular de asilo, cuando Austria se ha obligado a ello en virtud del Derecho internacional.

d) **Titulares de protección subsidiaria** son los extranjeros cuyo estatus de titulares de asilo no fue reconocido, o a quienes se desposeyó de este estatus porque **no** fueron o no están **personalmente** perseguidos, pero cuya expulsión a su

⁷ Convenio sobre las disposiciones del Estado competente para el examen de la solicitud de asilo presentada en un Estado miembro de la Comunidad Europea, B[oletín]O[ficial]F[ederal] III 165/1997.

⁸ Reglamento (UE) núm. 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, DOUE L 180 de 29.6.2013, 31.

⁹ Directiva 2011/95/UE por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, DOUE L 337 de 20.12.2011, 9.

¹⁰ B[oletín]O[ficial]F[ederal] I 100/2005.

¹¹ Ley de atención básica – Bund 2005, B[oletín]O[ficial]F[ederal] 405/1991.

Estado de origen representaría una violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos o, en su caso, una amenaza grave a su vida o a su integridad física como consecuencia de conflictos internos o internacionales (parágrafo 8 de la Ley de Asilo). Estas personas se clasifican ordinariamente también como refugiados de guerra.

e) **Personas con residencia derivada de motivos dignos de tenerse en cuenta** (parágrafos 54 y siguientes de la Ley de Asilo): En este caso, se trata de grupos diferenciados de personas, que por diversos motivos especiales debe mantener un permiso de estancia y se unen a este grupo. Los motivos de este permiso de estancia son totalmente diferenciados, por su forma y modo. Motivos dignos de ser tenidos en cuenta pueden ser, en especial, por ejemplo, el mantenimiento de la vida privada y familiar en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, una estancia durante años en Austria y el cumplimiento de una parte del acuerdo de integración (véase abajo), así como la colaboración como testigo en el marco de un procedimiento contra el tráfico de personas o prostitución transfronteriza, etc.

f) **Expulsados**: Mientras dure un conflicto armado u otras circunstancias peligrosas para la seguridad de amplios grupos de personas, puede otorgarse por Reglamento el derecho de estancia provisional en Austria (parágrafo 62 de la Ley de Asilo).

g) **Otros extranjeros no desplazables por motivos fácticos y jurídicos** (artículo 2, apartado 1, número 4, del Acuerdo de atención básica, B[oletín] O[ficial] F[ederal] I 80/2004): Aquí se cuentan, por ejemplo, las personas que disfrutaban de una protección fáctica frente al desplazamiento, porque su nacionalidad no está clara¹².

V. EL ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO AUSTRIACO

El derecho a poder **quedarse** en Austria hay que separarlo rigurosamente del derecho a poder **trabajar** en Austria. Incluso con una autorización válida de residencia, los extranjeros en Austria sólo pueden aceptar una relación laboral cuando cumplen los requisitos de la Ley de empleo de extranjeros (AuslBG)¹³. Como regla general, se necesita una de las autorizaciones previstas en la Ley (por ejemplo, la autorización de empleo, la carta roja-blanca-roja plus).

¹² Suplemento NR 412, 22. GP, 8.

¹³ B[oletín]O[ficial]F[ederal] 218/1975; *Löschnigg*, *Arbeitsrecht*, 13ª ed. (2017) 249; *Löschnigg*, *Derecho Austriaco del Trabajo* (2016), 59; *Mayr*, *Arbeitsrecht*, § 3 AuslBG; *Schnorr*, *Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung* (1995), 97; *Schrenk*, *Übersicht über das Ausländerbeschäftigungsgesetz*, taxlex 2012, 477.

Están excluidos, sin embargo, de la Ley de empleo de emigrantes los **titulares de asilo** [IV.c)] y los **titulares de protección subsidiaria** [IV.d)]. En consecuencia, estos dos grupos de personas —como los ciudadanos austríacos o los ciudadanos de la UE— tienen un acceso **ilimitado** al mercado austríaco de trabajo.

Para los **solicitantes de asilo** [IV.a)], la situación es distinta. En principio, necesitan una autorización de trabajo para poder realizar de modo admisible un trabajo.

Existe una excepción para los solicitantes de asilo, cuando han sido admitidos al procedimiento de asilo desde al menos tres meses. Estas personas pueden realizar sin autorización las **prestaciones sencillas de servicios típicamente domésticas** en domicilios privados, cuando sean contratados para ellas al amparo de la llamada Ley del cheque de prestaciones de servicios (DLSG)¹⁴. Como trabajos típicamente domésticos de este tipo, cuentan los trabajos de limpieza, el cuidado de niños, trabajos de jardinería, etc. No cuentan a estos efectos actividades en que es necesaria una formación especial, como, por ejemplo, el cuidado de enfermos. El salario no puede sobrepasar mensualmente unos ciertos límites (para 2018: 438,05 euros). El pago se produce en este supuesto a través del llamado cheque de prestación de servicios, que se consigue en oficinas postales y estancos. Estos cheques sólo pueden cobrarse en una entidad gestora de la seguridad social (el servicio de aseguramiento de ferrocarriles y minería). Esta forma de pago garantiza que el titular de asilo está integrado en el aseguramiento legal de accidentados de trabajo. Y es que en el precio de compra del cheque está incluida la cuota del seguro de accidentes de trabajo de un 1,3% del valor del cheque. Esta institución también debe impedir el trabajo negro en los domicilios privados, que fácilmente puede ser yuxtapuesto a través de estas relaciones laborales (por tiempo determinado).

Los **solicitantes de asilo en procedimiento de admisión** [IV.b)], con su consentimiento y sin autorización de trabajo, pueden recurrir a las siguientes actividades:

a) actividades de ayuda que estén en conexión directa con su internamiento (por ejemplo, limpieza, cocina, transporte, conservación en las instituciones de atención) y

¹⁴ B[oletín]O[ficial]F[ederal] I 45/2005; cfr. *Thomasberger*, Dienstleistungsscheck-Gesetz, DRdA 2005, 458; *Risak*, Der Dienstleistungsscheck, ZAS 2005, 49; *Steiger*, Der Dienstleistungsscheck, FJ 2005, 209.

b) actividades de ayuda de utilidad pública para la Federación, el Estado federado, ayuntamientos (por ejemplo, el cuidado de jardines e instalaciones deportivas, apoyo a la administración).

Para dichas actividades de ayuda, hay que pagar al solicitante de asilo una **contribución de reconocimiento** —no salario en sentido estricto. Esta contribución de reconocimiento no está sujeta a pago de impuestos. Dichas actividades, por imperio de la ley, tampoco crean ninguna relación laboral.

Todos los demás grupos mencionados de refugiados necesitan la **autorización**, al amparo de la Ley de empleo de extranjeros, para poder concertar una relación laboral en Austria. Desde 2006, esto se aplica incluso a las y los solicitantes de asilo que estén **casados** con un austríaco o una austríaca. Los hijos (extranjeros) de austríacos tampoco tienen ya libre acceso al mercado de trabajo austríaco.

VI. COMPLICACIONES Y FACILIDADES EN EL ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO

A. EL LLAMADO DECRETO *BARTENSTEIN*

Según las disposiciones de la Ley de empleo de extranjeros, los solicitantes de asilo, a los tres meses de tramitación de su procedimiento de asilo, tienen derecho a solicitar un permiso de trabajo. Un decreto ya no reciente del entonces Ministro federal de Economía y Trabajo de abril 2004¹⁵ se preocupó, sin embargo, *de facto* de que fuera de los trabajos de corta duración en el turismo y en caso de presentarse para la recolección en la agricultura (véase VI.B) no pudiese realizarse ningún tipo de actividades dependientes. Este decreto fue criticado muchas veces, dado que en los solicitantes de asilo de larga duración conduce a circunstancias parcialmente humillantes, y ordinariamente provoca la dependencia de prestaciones de seguridad social del sector público. Fue criticado tanto desde el lado político interno¹⁶ como desde el Alto Comisionado para Refugiados de Naciones Unidas¹⁷. Ante todo, en este caso, hay que tener en cuenta también la

¹⁵ GZ: 435.006/6-II/7/04.

¹⁶ Cfr. el informe del Comité de Trabajo y Seguridad Social, 1600 Beilagen Sten.Prot NR 25. GP 1.

¹⁷ Cfr. Alto Comisionado para Refugiados de Naciones Unidas-Análisis del proyecto de la Ley del año de integración y de la Ley de integración en el mercado de trabajo 2017, 7 y s.

Directiva de aceptación de la UE¹⁸, según la cual los Estados miembros están obligados a un «acceso efectivo al mercado de trabajo» de los solicitantes de asilo¹⁹.

B. FALTA DE TRABAJO ESPECÍFICAMENTE SECTORIAL

Ciertos sectores presentan en Austria tradicionalmente una falta de mano de obra. Ante todo, esto se aplica al **turismo** y a la **agricultura** y **silvicultura**. La necesidad de mano de obra en estos sectores debe cubrirse a través de contingentes específicos de mano de obra extranjera.

Generalmente, los **contingentes** se establecen numéricamente por medio de Reglamento del Ministerio federal competente. Estas disposiciones comprenden, o

a) la admisión temporalmente limitada de trabajadores estacionales extranjeros en un sector económico determinado, en grupos profesionales o regiones determinadas, o

b) la admisión de corta duración de jornaleros extranjeros.

Según el mencionado Decreto de 2004 (véase A), los contingentes para el turismo y la agricultura y silvicultura están también abiertos para los solicitantes de asilo, fácticamente excluidos de percibir el permiso de trabajo.

C. ALOJAMIENTO DE EXTRANJEROS QUE VAN A TRABAJAR

Las disposiciones del Derecho austríaco de empleo de extranjeros están, también, parcialmente influidas por la Directiva de trabajo estacional de la UE²⁰. Ante todo, esto se aplica a las **posibilidades habitacionales del temporero**. Así, por ejemplo, el empresario del trabajador extranjero tiene que certificar que existe

¹⁸ Artículo 15, apartado 2, de la Directiva 2013/33/EU, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (nueva versión), DOUE L 2013/180 de 26.6.2013, 96.

¹⁹ También, cfr. *Ammer*, Zugang zum Arbeitsmarkt für Asylsuchende aus menschenrechtlicher Perspektive, *juridicum* 1/2013, 28.

²⁰ Directiva 2014/36/UE, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros (Directiva de temporeros), DOUE L 2014/94 de 26.2.2014, 375.

a disposición del extranjero, por la duración prevista del empleo, un alojamiento en el lugar. Supuesto que el alojamiento se pone a disposición por el empresario, o por mediación del empresario, la renta para la vivienda puede no deducirse automáticamente del salario. En caso de incumplimiento de estas condiciones marco, se imponen al empresario sanciones en forma de revocación de la autorización otorgada, así como de bloqueo para futuros permisos de trabajo.

D. EXTRANJEROS JÓVENES

Para los solicitantes de asilo hasta el cumplimiento de los 25 años edad, los permisos de trabajo también pueden otorgarse fuera del trabajo estacional, para todas las **profesiones de enseñanza**. En este caso, sin embargo, es requisito que en la respectiva profesión docente exista **falta de docentes**, y que para la ocupación del puesto docente no haya disponible fuerza laboral (preferente e igualmente cualificada) de reemplazo. Ciertamente, esto significa que para los solicitantes de asilo jóvenes no se tiene en cuenta el Decreto arriba mencionado en sentido estricto, aunque hay que efectuar en ese caso un **examen del mercado de trabajo**. Ante todo, sin embargo, esto significa para los solicitantes de asilo, que sólo les queda abierto *de facto* un campo reducido en las profesiones docentes. Esto también fue criticado en su día por el Alto Comisionado para Refugiados de Naciones Unidas²¹.

VII. EL AÑO DE INTEGRACIÓN

Para mejorar la integración de los refugiados en la sociedad austríaca, y en especial en el mercado de trabajo austríaco, se introdujo el llamado año de integración. En este caso, hay que diferenciar el año de integración obligatorio a que se refiere la Ley del año de integración (IJG)²², y el año de integración voluntario, a que se refiere la Ley del voluntariado (FreiwG)²³.

A. EL AÑO DE INTEGRACIÓN OBLIGATORIO

Los grupos a que apunta el año de integración obligatorio son, ante todo, las personas a las que se reconoció el estatus de titulares de asilo [véase IV.c)] o de

²¹ Alto Comisionado para Refugiados de Naciones Unidas, Análisis del proyecto de la Ley del año de integración y de la Ley de integración en el mercado de trabajo 2017, 7.

²² B[oletín]O[ficial]F[ederal] I 75/2017.

²³ Ley federal para la promoción del compromiso voluntario, B[oletín]O[ficial]F[ederal] I 17/2012.

titulares de protección subsidiaria [cfr. IV.d)], con posterioridad a 31.12.2014. Sin embargo, están comprendidos en la Ley los solicitantes de asilo que hayan solicitado protección internacional con posterioridad al 31.3.2017, desde que estén admitidos en el procedimiento de asilo desde al menos tres meses, y sea muy probable el reconocimiento de la protección internacional, teniendo en cuenta la experiencia empírica existente [cfr. IV.a)].

El año de integración se aplica, en principio, con una duración de un año, y se modula con medidas específicas de promoción de la política del mercado de trabajo. Se lleva a cabo por la Administración al servicio del mercado de trabajo, y se celebra, con carácter general, para prácticas de los solicitantes. En caso de existencia de circunstancias particulares, y especialmente cuando hay que esperar la integración duradera y rápida en el mercado de trabajo, también puede establecerse una duración más corta.

Los titulares de asilo y los titulares de protección subsidiaria, que tras el reconocimiento de este estatus están desempleados, y no se les pueda facilitar ningún puesto de trabajo apropiado, están obligados a colaborar y participar en el año de integración. Si incumplen este deber de colaboración y participación, hay que imponerles las correspondientes sanciones. En especial, hay que darles ayudas del servicio del mercado de trabajo, cuando no acepten sin motivo grave la colaboración o participación en una medida para la integración en el mercado de trabajo.

Los solicitantes de asilo, en los que el reconocimiento de protección internacional sea muy probable, no están obligados a participar en las medidas ofertadas, sino que sólo tienen derecho a ellas.

En el marco del año de integración, hay que aprobar, por ejemplo, cursos de lengua y prácticas para solicitantes y sobre orientación profesional. Sin embargo, ante todo, hay que llevar a cabo **prácticas laborales** en interés del bien común, con el carácter de **actividad de utilidad pública**, que sirvan simultáneamente para la aplicación y ampliación de conocimientos y habilidades. Estas prácticas laborales sólo pueden cursarse en gestores jurídicos reconocidos administrativamente. Según la Ley, las prácticas laborales no pueden realizarse en el marco de una relación laboral. A pesar del alto grado de obligación para los afectados, se excluye por imperio de la ley la relación laboral en el marco de esta actividad.

B. EL AÑO DE INTEGRACIÓN VOLUNTARIO

El año de integración voluntario cuenta con formas especiales del compromiso voluntario, y se regula en la Ley del voluntariado conjuntamente con otras formas de trabajo voluntario (por ejemplo, el año social voluntario, el año de protección del medio ambiente voluntario, el servicio conmemorativo, el servicio de paz y social en el extranjero)²⁴. Al igual que el año de integración obligatorio, el año de integración **tampoco** puede cumplirse **en el marco de una relación laboral**.

Son objetivos del año de integración voluntario la integración, en el sentido de inserción en la vida comunitaria austríaca, y facilitar el acceso al orden de valores austríaco y a la lengua alemana. Además, la Ley pone de relieve la mejora de la igualdad de oportunidades a través de la orientación profesional de los titulares de asilo y los titulares de protección subsidiaria. Más funciones típicamente relacionadas con el trabajo son, para la Ley, las siguientes: la profundización en la formación escolar, el aprendizaje del trabajo en un puesto concreto, el desarrollo de la personalidad, la ampliación y aplicación de conocimientos para la adquisición de habilidades en campos profesionales diferenciados, así como el reforzamiento de competencias sociales e interculturales, y la promoción de compromisos sociales. Pueden participar los titulares de asilo y los titulares de protección subsidiaria que empiecen el año de integración dentro de los dos años siguientes al reconocimiento de este estatus. Ciertamente, no existe la obligación de pago de dinero de bolsillo, pero los gestores de los establecimientos escolares pueden solicitar subvenciones al Ministerio competente.

Durante la participación en el año de integración voluntario, no existe ninguna obligación de participar en medidas en el marco del año de integración obligatorio (parágrafo 5, apartado 4, de la IJG). La **combinación** del año de integración obligatorio y voluntario, en especial el cumplimiento de un año de integración voluntario tras la conclusión de un año de integración obligatorio, es admisible.

VIII. ACTIVIDADES AUTÓNOMAS

El ejercicio de una actividad profesional autónoma resulta **inadmisible en los primeros meses**, tras la presentación de una solicitud de asilo (parágrafo 7, apartado 2, de la GVG-B 2005).

²⁴ Cfr. *Löschnigg*, *Freiwilligenarbeit in Österreich*, en *Le Travail Humain au Carrefour du Droit et de la Sociologie, Hommage au Professeur Nikitas Aliprantis*, Strasbourg 2014, 221.

Pero para muchas actividades autónomas, en especial para profesiones reguladas, hay que aportar **certificado de aptitud** validado de acuerdo con las disposiciones austríacas (examen de máster, certificados de escuelas y universidades, etc.). Las personas a las que se otorgue el asilo pueden ejercitar una industria como los nacionales, cuando puedan presentar el correspondiente (y reconocido) certificado de cualificación. Requisito complementario es siempre, sin embargo, el título válido de residencia, esto es, el derecho de poder quedarse en Austria. (parágrafo 14, apartado 1, de la Ordenanza Industrial)²⁵.

Hay que tener en cuenta en este contexto que ciertas actividades autónomas se ejercitan como actividades dependientes y, en consecuencia, que surten efecto para el Derecho vigente de la relación laboral. Más en concreto, se trata de las llamadas **personas asimiladas a trabajadores**, que necesitan protección comparable a la de los trabajadores, por causa de su dependencia económica²⁶. Este grupo de personas necesita un permiso de trabajo (al amparo de la Ley de empleo de extranjeros) como los trabajadores (cfr. V).

IX. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL EMPLEO INADMISIBLE DE REFUGIADOS

Si se emplea a refugiados que necesitan autorización administrativa de trabajo sin la misma, entonces no se produce ninguna relación laboral válida. El contrato de trabajo es totalmente **nulo** (parágrafo 29, apartado 1, número 1, Ley de empleo de extranjeros)²⁷.

A pesar de la nulidad del contrato de trabajo, el empleado tiene frente al titular de la empresa, mientras duró el empleo, los mismos **derechos** que en base a un contrato de trabajo válido²⁸.

²⁵ Ordenanza Industrial, B[oletín]O[ficial]F[ederal] 194/1994; al respecto, véase *Gruber/Paliego-Barfuß*, GewO, 7ª ed. (2017), § 14; *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO Kurzkomentar (2014), § 14; *Werinos*, en Ennöckl/Raschauer/Wessely (Editores), Kommentar zur GewO Bd 1 (2015), § 14.

²⁶ Cfr. *Löschnigg*, Arbeitsrecht, 13ª ed. (2017), 212.

²⁷ *Schnorr*, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung (1995) 162; *Marhold-Weinmeier*, Schadenersatz gem § 29 Abs 2 AuslBG und besonderer Bestandschutz, ASoK 2010, 386.

²⁸ Por ejemplo, véase *Löschnigg*, Zur Beendigung und Nichtigkeit von Arbeitsverhältnissen mit Ausländern, en FS Schwarz, (1991) 107; *Schnorr*, AuslBG (1998) 191; OGH 22. 4. 2010, 8 ObA 58/09a, DRdA 2012, 36, con nota de *Wolfsgruber*.

La nulidad de la relación laboral tiene como consecuencia que, si tanto al empleado como también al/la titular de la empresa cabe reprocharles la nulidad, entonces la relación de empleo produce efectos en cualquier momento. Sin embargo, si la falta de permiso de trabajo se basa en culpa del titular de la empresa, también hay que considerar al empleado, en relación con los derechos ulteriores ligados a la extinción, como si hubiera sido empleado en base a un contrato de trabajo válido. Se discuten en este caso, en especial, los derechos a la indemnización cumulativa²⁹, o los derechos de indemnización de daños y perjuicios por causa de la inobservancia de los plazos extintivos³⁰.

Si el/la empresario/a emplea ilícitamente extranjeros, se discuten como **sanciones adicionales**:

- a) interdicción del empleo futuro de extranjeros por tiempo máximo de un año;
- b) sanciones administrativas en forma de multas;
- c) condena penal, por ejemplo, privación de libertad hasta dos años, cuando los refugiados fueron empleados bajo condiciones de trabajo especialmente explotadoras, o han sido víctimas de tráfico de seres humanos;
- d) privación de autorizaciones para el ejercicio de la industria;
- e) exclusión y reembolso de subvenciones públicas.

X. CONCLUSIÓN

Las consideraciones previas muestran que los juicios de valor altruistas, supranacionalmente acordados, no siempre están de acuerdo con las preocupaciones económicas nacionales. Desde un punto de vista jurídico, esto conduce a una relación de tensión entre los compromisos internacionales, como la Convención de refugiados de Ginebra, y las disposiciones sobre el derecho de estancia, como las contenidas, por ejemplo, en el Derecho austríaco de extranjería. En consecuencia, la política de asilo y la política de empleo están en continuo movimiento, y requieren de adaptaciones permanentes, no sólo en Austria, sino en toda Europa.

²⁹ Cfr. *Löschnigg*, Derecho Austríaco del Trabajo (2016), 63.

³⁰ Cfr. *Löschnigg*, *Arbeitsrecht*, 13ª ed. (2017), 277.

La difícil cuestión de una política de asilo y de una política inmigratoria justas exige compromiso político en muchos planos. En este caso, sin embargo, siempre debe tenerse muy en cuenta la estrecha conexión con la política de empleo, y posibilitarse tan pronto como sea posible la integración legal en el mercado de trabajo. En caso contrario, ocurrirá lo que Hannah Arendt, en su ensayo «Nosotros refugiados», ha afirmado de manera conmovedora: «Nosotros (los refugiados) tenemos nuestro hogar y, en consecuencia, hemos perdido la intimidad de la vida cotidiana», y «hemos perdido nuestra profesión y, en consecuencia, hemos perdido la confianza de ser de algún modo útiles en este mundo».

TURISMO COLABORATIVO Y DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL¹

[COLLABORATIVE TOURISM AND LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW]

Yosua Martínez Rodríguez

Fecha de recepción: 30 de noviembre de 2018

Fecha de aceptación: 17 de diciembre de 2018

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. CONCEPTO DE TURISMO COLABORATIVO.- III. CALIFICACIÓN JURÍDICO-LABORAL DEL ANFITRIÓN DEL TURISMO COLABORATIVO.- IV. CONCLUSIONES.

Contents: I. INTRODUCTION.- II. COLLABORATIVE TOURISM CONCEPT.- III. LEGAL-LABOUR QUALIFICATION OF THE HOST OF COLLABORATIVE TOURISM.- IV. CONCLUSIONS.

Resumen: Este artículo analiza si las personas que ceden sus viviendas con fines turísticos a través de plataformas colaborativas son trabajadores autónomos, a partir de la legislación y la escasa jurisprudencia.

Abstract: This article analyzes whether people who hold touristic lettings by apps are self-employed, based on legislation and limited case law.

Palabras clave: Turismo colaborativo, Plataformas colaborativas, Trabajo autónomo

Keywords: Collaborative Tourism, Apps, Self-Employed Job

* * *

¹ Una versión más reducida de este artículo fue presentada como comunicación en las *II Jornadas sobre derecho y economía colaborativa. Los retos jurídicos de la economía colaborativa*, las cuales tuvieron lugar los días 9, 16 y 20 de noviembre de 2018 en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña.

I. INTRODUCCIÓN

Dedicaremos este artículo al turismo colaborativo y a sus implicaciones de derecho del trabajo y la seguridad social. Para ello, dividiré el presente trabajo en dos partes.

En la primera, analizaremos el concepto de turismo colaborativo, y, en la segunda, si las personas que ceden su vivienda residencial con fines turísticos pueden calificarse como trabajadores autónomos.

II. CONCEPTO DE TURISMO COLABORATIVO

Acerca de la primera parte –el concepto de turismo colaborativo–, podemos afirmar que es una de las manifestaciones más importantes de la economía colaborativa, como acredita que la oferta de viviendas turísticas en Galicia equivalga al 60 % de las plazas hoteleras en la comunidad².

Desde un punto de vista objetivo, podemos conceptualizar el turismo colaborativo como la actividad económica que, buscando una experiencia más asequible y más pegada a la realidad que se visita, consiste en compartir una vivienda o parte de ella, o en facilitar el acceso a ella, de forma gratuita o retribuida y con la intermediación de plataformas digitales³. Bajo el paraguas de esta definición, incluimos diferentes prácticas, entre las cuales encontramos el alquiler turístico propiamente dicho, a través de aplicaciones como AirBnb o HomeAway; la compartición de pisos; el intercambio de viviendas o home exchange, mediante plataformas como HomeForHome, o, incluso, la cesión de sofás para pernoctar o couchsurfing, que coge el nombre de la plataforma en la que surgió esta praxis.

Y, desde un punto de vista subjetivo, podemos caracterizar el turismo colaborativo como la actividad en la que participan tres actores: el anfitrión, que

² TABOADA, X. A.: «La oferta de pisos turísticos equivale ya al 60 % de las plazas que ofrecen los hoteles», *La Opinión A Coruña*, 28 de septiembre de 2018. Disponible en línea [última consulta, 30 de septiembre de 2018]: <https://www.laopinioncoruna.es/galicia/2018/09/28/oferta-pisos-turisticos-equivale-60/1332515.html>.

³ CNMC: *Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y economía colaborativa* (Madrid, 2016), 73, y GUILLÉN NAVARRO, N. A. e ÍÑIGUEZ BERROZPE, T.: «Acción pública y consumo colaborativo. Regulación de las viviendas de uso turístico en el contexto p2p», *PASOS. Revista de Turismo y Patrimonio Cultural*, vol. 14., núm. 3 (2016), 755.

cede la vivienda; el huésped, el cual adquiere de modo temporal la vivienda, y la plataforma informática, la que facilita la cesión⁴.

Así, la idea con la que debemos quedarnos es la de que el turismo colaborativo es un alojamiento extrahotelero o no institucionalizado.

III. CALIFICACIÓN JURÍDICO-LABORAL DEL ANFITRIÓN DEL TURISMO COLABORATIVO

A respecto de la segunda parte –la calificación del anfitrión como trabajador autónomo–, hemos de empezar recordando la noción de trabajador por cuenta propia. Los trabajadores autónomos son, por oposición a los trabajadores por cuenta ajena o dependientes y al amparo de los arts. 1.1, párr. 1.º, de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo⁵, 305.1 de la Ley General de la Seguridad Social⁶ y 2.1 del Decreto 2530/1970⁷,

personas físicas que realizan, de forma habitual, personal y directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo.

Basándonos en ese concepto, iremos estudiando si sus elementos pueden trasladarse al caso del anfitrión en el turismo colaborativo, atendiendo a que es una práctica económica atípica –por no continuada– y, en muchas ocasiones, con escasos beneficios.

Así las cosas, en primer lugar, el ánimo de lucro. Consiste en que la actividad sea potencialmente productora de rendimientos económicos, con

⁴ Cfr. TODOLÍ SIGNES, A.: *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, 1.ª ed., Tirant lo Blanch (València, 2017), 22.

⁵ BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007. Art. 1.1, párr. 1.º: *La presente ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial.*

⁶ BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015. Art. 305: *Estarán obligatoriamente incluidas en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos las personas físicas mayores de dieciocho años que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena, en los términos y condiciones que se determinen en esta ley y en sus normas de aplicación y desarrollo.*

⁷ BOE núm. 221, de 15 de septiembre de 1970. Art. 2.1: *A los efectos de este régimen especial, se entenderá como trabajador por cuenta propia o autónomo aquel que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas.*

independencia de si llega a producirlos o de cuál sea su cuantía⁸. A simple vista, podemos apreciar que el turismo colaborativo sí puede producir unos beneficios: las rentas que percibe el anfitrión y que, comúnmente, superan los gastos en los que este incurre⁹.

A esta conclusión llegó la STSJ de Castilla y León, Sede de Valladolid, Sala de lo Social, de 22 de enero de 2001¹⁰, la cual, en el supuesto análogo de una casa de turismo rural, afirmó que el alquiler de las habitaciones o de la vivienda entera reporta importantes beneficios al titular de la casa de turismo rural¹¹.

Además de eso, la tendencia actual del turismo colaborativo es abandonar sus orígenes –la satisfacción de necesidades recíprocas– y convertirse en un nuevo modo de suministrar servicios turísticos.

En segundo lugar, la actuación fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona. Es la ausencia de ajenidad y dependencia, la asunción de los riesgos y los beneficios de práctica económica y la no recepción de órdenes¹².

A este respecto, podría plantearse que el servicio de alojamiento turístico sea prestado por la misma aplicación¹³, tal y como ocurre en los supuestos de Uber o Glovo. Existen argumentos a favor de la ajenidad y de que el servicio sea prestado por la propia plataforma: la aplicación ha creado la demanda al fomentar los alquileres de muy corta duración y la plataforma es fundamental en la suministación del servicio, debido a que realiza buena parte de la gestión.

Ahora bien, la proactividad del anfitrión es clave en el turismo colaborativo y es la pieza que nos decanta por considerar que actúa fuera del ámbito de dirección y organización de la plataforma: el anfitrión no se limita a percibir la renta, sino que, sin ninguna instrucción por parte de la aplicación, se

⁸ STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, 512/2001, de 3 de abril [AS\2001\2134].

⁹ Si solo se compensaran los gastos que asiduamente soportan los particulares que no negocian en el mercado, es decir, los gastos derivados del uso del uso ordinario del bien –incluida la depreciación–, no habría ánimo de lucro. Así TODOLÍ SIGNES, A.: *El trabajo...*, ob. cit., 84.

¹⁰ AS\2001\1552.

¹¹ FD 3.º: [e]n el caso que nos ocupa, la existencia de la actividad lucrativa no puede negarse, pues se produce el alquiler de habitaciones por un importe que evidentemente supone una importante retribución.

¹² MERCADER UGUINA, J. y PUEBLA PINILLA, A. DE LA.: «Artículo 1. Supuestos incluidos», FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (Dir.), *El estatuto del trabajador autónomo. Comentario a la Ley 10/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo*, 1.ª ed., Comares (Granada, 2009), 55.

¹³ CERVILLA GARZÓN, M.ª J.: «La posible consideración del propietario de vivienda alquilada por plataforma digital como trabajador autónomo», TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ BEJARANO, M. (Dirs.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, 1.ª ed., Aranzadi (Cizur Menor, 2018), 332 descarta por completo la opción de que los anfitriones sean trabajadores por cuenta ajena de la propia plataforma.

anuncia, fija los precios, concierta las reservas, recibe a los huéspedes, adecúa materialmente su vivienda a los gustos de los huéspedes, para lograr más valoraciones positivas y, a consecuencia de ello, más arrendamientos.

En tercer lugar, la consideración como actividad económica. Se trata de cualquier actuación de producción o transformación de bienes o servicios para el mercado¹⁴, así que se excluyen las actividades benevolentes –con respecto a lo que nos interesa, no incluiríamos las estancias de corta duración en favor de familiares o amigos– y la mera administración del patrimonio privado¹⁵. Con todo, sí se subsumirían en el concepto de actividad económica la dirección y gestión de la actividad de la que se trate¹⁶.

Consecuentemente, el anfitrión, al anunciarse, colgar las fotografías de su vivienda, fijar los precios, concertar los alojamientos, recibir a los clientes y estar disponible para ellos, está realizando una actividad económica de gestión de la actividad, encaminada a su continuidad y éxito. Así mismo lo declaró la anterior STSJ de Castilla y León, Sede de Valladolid, Sala de lo Social, de 22 de enero de 2001.

A mayor abundamiento, el cumplimiento de la legislación administrativa en esta materia –en Galicia, el Decreto 12/2017, de 26 de enero¹⁷–, cuyos requisitos están dirigidos a la publicidad del alojamiento turístico, y la observancia de los trámites fiscales –por ejemplo, el alta en el IAE– son fuertes indicios de que nos hallamos ante una actividad económica, como consideró, en otro caso de casas de turismo rural, la STSJ de Aragón, Sala de lo Social, Sección 1.ª, 1434/2003, de 29 de diciembre¹⁸.

¹⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Artículo 23. El derecho a la Seguridad Social», SEMPERE NAVARRO, A. V. y SARGADOY Y BENGOCHEA, J. A. (Dirs.), *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, 1.ª ed., Aranzadi (Cizur Menor, 2010), 36.

¹⁵ STCT de 27 de enero de 1977.

¹⁶ LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI JIMÉNEZ, D.: *El régimen profesional y de seguridad de los trabajadores autónomos*, 1.ª ed., El Derecho (Madrid, 2010), 16.

¹⁷ Decreto 12/2017, de 26 de enero, por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en la Comunidad Autónoma de Galicia [DOG núm. 29, de 10 de febrero de 2017].

¹⁸ JUR\2004\182139. V. su FD 3.º: [e]l fondo de la cuestión reside en decidir si la actividad de arrendamiento de vivienda de turismo rural se considera trabajo por cuenta propia. La demandante está dada de alta en el Impuesto de Actividades Económicas en la actividad de alojamientos turísticos extrahoteleros. [...] [D]e modo que al dedicarse la demandante a esta actividad se sitúa en el ámbito empresarial, que no está sólo controlado por la Administración, sino fomentado o impulsado, lo que la diferencia de lo que en el recurso se llama administración de un pequeño patrimonio como arrendamiento de vivienda amueblada, cosa que sin duda pudo hacer la demandante sin darse de alta fiscal en dicha actividad económica ni dar de alta a la casa como Vivienda Rural en la DGA. Existe, en consecuencia [,] actividad empresarial o trabajo por cuenta propia y por tanto la Sentencia que desestima la demanda no infringe, sino que aplica correctamente, el precepto invocado en el recurso, cuya desestimación se impone.

En cuarto lugar, el trabajo personal. Consiste en que el trabajador autónomo aporte esfuerzo a la actividad productiva¹⁹ y en que intervenga – materialmente o por medio de la gestión²⁰– en las actuaciones que conduzcan a la continuidad y el éxito de la actividad considerada.

Considerando lo que ya hemos indicado en cuanto al elemento de actividad económica, cuando el anfitrión aparece como usuario de la aplicación y lleva a cabo las actividades de gestión (colgar las fotografías de su vivienda, fijar los precios concertar los alojamientos, recibir a los clientes, estar disponible para ellos...), sea por sí mismo, sea a través de un tercero (en especial, las empresas gestoras de arrendamientos turísticos), que no aparece en la plataforma, está realizando trabajo personal. Esta es una solución consecuente con el contenido de la STSJ de Castilla y León, Sede de Valladolid, Sala de lo Social, de 22 de enero de 2001.

Entonces, podríamos hablar de una presunción de trabajo personal con la simple inclusión del anfitrión en la plataforma digital²¹.

Es menester que nos detengamos en un supuesto concreto de trabajo personal mediante un tercero: los coanfitriones de AirBnb. Los coanfitriones de AirBnb son personas físicas que, por cuenta del anfitrión principal, siguiendo sus órdenes y sin figurar en la aplicación, se encarga de esas labores de gestión a cambio de una remuneración –fija, según las condiciones de uso de AirBnb–, de tal manera que el anfitrión principal se apropia del trabajo del coanfitrión y responde – generalmente, en vía reputacional– del mal desempeño del coanfitrión. A la vista de esto y sin un análisis más hondo, podríamos hallarnos ante la situación de que el anfitrión tiene contratada laboralmente a otra persona para desarrollar las actividades de gestión²².

En cuarto y último lugar, la habitualidad. Es el criterio más importante, por dos motivos: de un lado, en tanto que las plataformas facilitan la realización de multitud de operaciones y alteran el tiempo de dedicación al trabajo²³ y, de otro, habida cuenta de que es el requisito que indica la magnitud de la actividad, lo cual nos permitirá distinguir entre las prácticas relevantes para el ordenamiento de seguridad social y las actividades esporádicas e irrelevantes, como los alquileres vacacionales ocasionales para complementar los ingresos.

¹⁹ DESDENTADO BONETE, A. TEJERINA ALONSO, J. I.: *La seguridad social de los trabajadores autónomos*, 1.ª ed., Lex Nova (Valladolid, 2005), 57.

²⁰ STCT de 6 de marzo de 1982 [RTCT\1982\1407].

²¹ CERVILLA GARZÓN, M.ª J.: «La posible consideración...», TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ BEJARANO, M. (Dirs.), *Trabajo...*, ob. cit., 347.

²² Para un análisis mayor, v. CERVILLA GARZÓN, M.ª J.: «La posible consideración...», TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ BEJARANO, M. (Dirs.), *Trabajo...*, ob. cit., 333-335.

²³ TODOLÍ SIGNES, A.: *El trabajo...*, ob. cit., 92.

No hay ningún umbral normativo a partir del que consideremos que una actividad es habitual a estos efectos, sino que la habitualidad tendrá que referirse a la dedicación propia que requiera la actividad de la que se trate²⁴. La dedicación se cifra en torno a dos factores, el tiempo²⁵ y los rendimientos²⁶, de forma que será habitual la actividad a la que más tiempo se destine o la que reporte los principales ingresos –superiores al SMI²⁷.

Por consiguiente, debemos examinar el turismo colaborativo a la vista de esos factores. Comenzando por los ingresos, es el criterio elegido por el legislador en Francia²⁸ –donde, con unos ingresos por encima de los 23 000 euros anuales, es obligatorio inscribirse en el Régime Social des Independants; el considerado más adecuado, por su seguridad jurídica, por parte de la doctrina²⁹, y, en definitiva, el asumido por la STSJ de Castilla y León, Sede de Valladolid, Sala de lo Social, de 22 de enero de 2001.

De todas maneras, existen argumentos en contra de escoger este factor para medir la habitualidad en el turismo colaborativo. Por una parte, no existe una conexión directa entre dedicación al arrendamiento y los ingresos percibidos, pues la renta depende de otros elementos de la vivienda –localización, orientación, tamaño...–. Por otra, el umbral del SMI anual es fácilmente superado por los anfitriones que solamente comercialicen su vivienda 90 días al año³⁰.

Siguiendo con el tiempo destinado, es el escogido por la regulación de la ciudad de Amsterdam –en la cual, si el tiempo que se anuncia la vivienda es superior a 60 días dentro del año, estaremos ante un trabajador por cuenta propia– y el que tiene como argumento a su favor la facilidad para comprobar los días que se anuncia y se alquila la vivienda. No obstante, los datos del tiempo durante el que se anuncia y arrienda el piso son fácilmente falsables.

²⁴ Cfr. el art. 2.2. del Decreto 2530/1970: *La habitualidad para los trabajadores que se ocupen en trabajos de temporada quedará referida a la duración normal de ésta.*

²⁵ LÓPEZ ANIORTE, C.: «El ámbito subjetivo del régimen de autónomos: problemas actuales, con especial referencia a la redefinición jurisprudencial de la nota de habitualidad», *Documentación Laboral*, núm. 69 (2003), 38.

²⁶ STS, Sala de lo Social, Sección 1.ª, de 20 de marzo de 2007 [RJ\2007\3185].

²⁷ STS, Sala de lo Social, de 29 de octubre de 1997 [RJ\1997\7863]. Vv. sus FFDD 2.º y 3.º.

²⁸ Art. 18 de la Ley núm. 2016-1827, de 23 de diciembre de 2016, de Financiación de la Seguridad Social para 2017 [*Journal officiel de la République française* núm. 299, de 24 de diciembre de 2016].

²⁹ TODOLÍ SIGNES, A.: *El trabajo...*, ob. cit., 94.

³⁰ GIL GARCÍA, J.: «Las múltiples formas de trabajo en las economías colaborativas y su regulación: el caso de AirBnb», TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ BEJARANO, M. (Dirs.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, 1.ª ed., Aranzadi (Cizur Menor, 2018), 380.

Por tanto, puesto que el criterio económico es el que más seguridad jurídica aporta y el refrendado por la resolución judicial aplicable, es el factor por el cual debemos decantarnos.

Aparte de esos criterios, existen otros indicios de habitualidad, entre los que destaca el hecho de que la práctica sea percibida como habitual por otras ramas del ordenamiento jurídico, tal y como ocurre en este caso si acudimos a la normativa administrativa en esta materia –el mero anuncio en la plataforma ya implica permanencia en el tiempo– y a la regulación tributaria³¹.

IV. CONCLUSIONES

Tras este breve análisis, podemos extraer varias conclusiones. Primera, toda respuesta que se dé a la calificación jurídica en derecho del trabajo y la seguridad al turismo colaborativo va a ser, de momento, casuística y a depender del tipo de plataforma y de alojamiento que se ofrezca.

Segunda, la transparencia en la forma, en el tiempo y en los ingresos del turismo colaborativo van a ser claves a la hora de estudiar las implicaciones jurídico-laborales de esta nueva forma de hospedarse.

Tercera, como propuestas *de lege lata*, a la hora de interpretar y aplicar las actuales normas acerca del trabajo autónomo, y *de lege ferenda*, por si se adoptare una norma *ad hoc*, deberían tenerse en consideración como parámetros del presente estudio si la vivienda arrendada es la residencia habitual del anfitrión, cuál es el número de viviendas que cede una misma persona y, finalmente, por cuántos días se alquila la vivienda.

Cuarta y última, en principio, la caracterización de los anfitriones como trabajadores autónomos parece adecuada, más aún desde que existe la posibilidad –limitada– de cotizar por días, a tenor de las DDFF 1.^a, 2.^a y 3.^a de la Ley de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo³², y con arreglo a la previsión de la DA 4.^a, epígrafe 77, de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2007 (aún en vigor)³³.

³¹ BALLESTER PASTOR, I.: «La economía colaborativa del alquiler y la obligación de cotizar como autónomo: un debate abierto», TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ BEJARANO, M. (Dir.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*, 1.^a ed., Aranzadi (Cizur Menor, 2018), 322 y 323.

³² BOE núm. 257, de 25 de octubre de 2017.

³³ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 2006. DA 4.^a, epígrafe 77: *actividades de alquiler*.

LA PROTECCIÓN LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES EN ITALIA*

[EMPLOYMENT AND SOCIAL SECURITY PROTECTION OF IRREGULAR IMMIGRANTES IN ITALY]

Giulia Merlo

Fecha de recepción: 21 de mayo de 2018

Fecha de aceptación: 15 de junio 2018

Sumario: I. OBJETO DEL ANÁLISIS, DEFINICIONES ESENCIALES Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.- II. ASPECTOS FENOMENOLÓGICOS Y RELEVANCIA SOCIAL.- III. MEDIDAS DE LUCHA CONTRA EL TRABAJO IRREGULAR DE LOS MIGRANTES: EL APARATO SANCIONADOR.- 1. La lucha contra las situaciones de grave explotación laboral de los migrantes irregulares y los instrumentos de protección.- 2. Protección de los derechos (laborales y de seguridad social) de los trabajadores migrantes irregulares derivados de la relación laboral.- 3. Breves reflexiones conclusivas.- BIBLIOGRAFÍA.

Contents: I. SUBJECT TO BE ANALYZED, ESSENTIAL DEFINITIONS, AND GOALS OF THIS RESEARCH.- II. PHENOMENOLOGICAL ASPECTS AND SOCIAL RELEVANCE.- III. MEASURES FOR FIGHTING AGAINST THE IRREGULAR EMPLOYMENT OF MIGRANTS: THE DISCIPLINARY SYSTEM.- 1. The fight against the situations of serious employment exploitation of irregular immigrants, and protecting instruments.- 2. The protection of (employment and social security rights) of irregular migrants employees deriving from the contract of employment.- 3. Short final conclusions.- BIBLIOGRAPHY.

Resumen: Tras establecer las fronteras del concepto de trabajador inmigrante irregular, este trabajo analiza su relevancia social en Italia. Se centra en la protección laboral y de seguridad social de tales trabajadores irregulares. La protección se valora principalmente desde el punto de vista del contrato de trabajo.

Abstract: After marking the borders of the concept of irregular working immigrant, this study analyzes its social relevance in Italy. It

* Traducción al castellano, desde el italiano original («La protezione lavorista e previdenziale degli immigrati irregolari in Italia»), de Alberto Arufe Varela.

is focused on the employment and social security protection of such irregular employees. This protection is mainly assessed from the point of view of the contract of employment.

Palabras clave: Explotación laboral, Inmigración irregular, Italia, Protección de seguridad social, Protección laboral

Keywords: *Employment exploitation, Irregular immigration, Italy, Social security protection, Employment protection*

* * *

I. OBJETO DEL ANÁLISIS, DEFINICIONES ESENCIALES Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

A los efectos de la exposición que sigue, resulta *in primis* indispensable circunscribir y, por tanto, definir el presente objeto de análisis, esto es, el *trabajo irregular de los migrantes*. A este propósito se buscará proponer una definición que sea generalmente aplicable de lo que es la ocupación irregular de los migrantes y, en consecuencia, poder comprender qué sea el trabajador inmigrado irregular. Esto resulta tanto más fundamental en razón de las múltiples especies que vienen reconduciéndose a la genérica expresión «trabajo irregular»¹. La correcta identificación de la noción del *trabajo irregular de los migrantes* se revela así necesaria para la eficaz puesta en práctica de la normativa aplicable. La normativa de referencia útil a nuestros fines se concreta en la Directiva 2009/52/CE, que impone a los Estados miembros la adopción de «normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular»². Ésta define el trabajo irregular (de migrantes) como la «ocupación de un nacional de un País tercero cuya situación es irregular». La Directiva anuda la irregularidad de la situación a la no satisfacción, originaria o sobrevenida, de las condiciones de permanencia o de residencia en un Estado miembro. De manera análoga, el legislador italiano, en el artículo 22, apartado 1, del Decreto Legislativo 286/1998³, previendo una hipótesis de delito dirigida a

¹ En el *genus* «trabajo irregular», en efecto, pueden incluirse múltiples situaciones diferentes de hecho, que se relacionan con otras tantas definiciones jurídicas, ciertamente por los inciertos límites definitorios, y muy frecuentemente intercambiables entre ellas. Así, pueden encajar en el *genus* «trabajo irregular» el denominado trabajo «negro», el trabajo sumergido, el trabajo «gris», el trabajo informal, el trabajo ilegal, el trabajo no declarado. Russo, M., *Qualche riflessione sul lavoro irregolare*, WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona». IT – 339/2017, pp. 2-3. Esto es, de cualquier manera, lo que pone en común las diferentes *species* relacionadas con el trabajo irregular es la *posible reconducción a una relación laboral para la cual no se han cumplido —en todo o en parte— las obligaciones vigentes en materia civil, administrativa, fiscal, de seguridad social y aseguradora*, tal como lo define la Ley núm. 383, de 18 octubre 2001, en el artículo 1. Sobre el tema del trabajo negro y su relevancia en términos estadísticos y económicos, incluidas las implicaciones sociales, véase la investigación llevada a cabo por el CNEL «*Indagine sul lavoro nero*», Pugliese, E., 2010. Se define el trabajo negro como la ocupación *no regular*, tanto en términos de total como de parcial irregularidad, donde exista un fuerte *desequilibrio entre demanda y oferta en términos de relaciones de poder que implican situaciones de grave explotación*, en las que las condiciones salariales están medianamente por debajo de los mínimos contractuales (*ibidem*, p. 4).

² Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 junio 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, comúnmente referida como «Directiva sancionadora».

³ Decreto legislativo núm. 286, de 25 julio 1998, y sucesivas modificaciones, sobre «Texto único de las disposiciones concernientes a la regulación de la inmigración y normas sobre las condiciones del extranjero», comúnmente referido como Texto Único de Inmigración. En adelante, se utilizará la indicación T.U. Inmigración. Dicho texto normativo, modificado en muchísimas ocasiones (últimamente por las Leyes núm. 3, de 11 enero 2018; núm. 110, de 14 julio 2017; y núm. 47, de 7

sancionar la ocupación de los inmigrantes irregulares, aclara que el *status* de irregularidad se distingue por la ausencia del permiso de permanencia, o cuando el mismo ha caducado y del cual no se haya pedido, en los términos legales, la renovación, o haya sido revocado o anulado.

Para encuadrar mejor el objeto central del presente análisis, antes de adentrarse en el análisis de la normativa relativa al trabajo irregular de los migrantes, parece útil proporcionar, *a contrario*, un breve apunte acerca de la noción de trabajador que *permanece regularmente* en el Estado tercero (esto es, la persona está en posesión de un título válido de permanencia) e indicar sumariamente cuáles sean los principios sociales de base que reglamentan su presencia en el territorio extranjero y su acceso al trabajo y a las prestaciones sociales⁴.

En virtud del artículo 4 del texto unificado sobre inmigración, un trabajador extranjero puede entrar regularmente en el territorio italiano siempre que esté en posesión (además de un documento regular de identificación personal) de un visado regular de ingreso⁵, al cual habrá que añadir un *permiso de permanencia*, regularmente expedido por las autoridades competentes del Estado de acogida (o título equivalente expedido por otro Estado miembro de la UE) donde intente permanecer por razones de trabajo y, en consecuencia, entrar de pleno derecho en el mercado de trabajo nacional (artículo 5 del texto unificado sobre inmigración)⁶.

abril 2017), regula casi enteramente toda la normativa que reglamenta el estatus que reside en el territorio de acogida: de los principios generales (Título I), a las disposiciones sobre el ingreso y el alejamiento del territorio del Estado (Título II), a la regulación del trabajo (Título III), al derecho a la unidad familiar y protección de los menores (Título IV), a las disposiciones en materia sanitaria, así como de educación, vivienda, participación en la vida pública e integración social (Título V). En cambio, se regula separadamente la normativa relativa al migrante denominado «político», a través de un considerable *corpus* de actos legislativos emanados ordinariamente con ocasión de la transposición de la normativa europea de referencia.

⁴ Sobre el tema de inmigración y trabajo, véase *ex multis* las obras monográficas de: Calafà, L., *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Il Mulino, Bologna, 2012; Chiaromonte, W., *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, Giappichelli, Torino, 2013; Montanari, A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, Cedam, Padova, 2010; además, la reciente *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, de McBritton, M., Cacucci, Bari, 2017.

⁵ En nuestro caso, motivado por razones laborales y expedido por las representaciones diplomáticas o consulares italianas en el Estado de origen o de residencia estable del extranjero.

⁶ El procedimiento para la expedición del permiso de residencia es extremadamente complejo y está detalladamente regulado por el artículo 5 del T.U. Inmigración. Se inicia con una solicitud nominativa, que hace el empleador a la autoridad competente (autoridad gubernativa de la provincia en que se encuentra el extranjero), la cual, al final de la expedición del título, tendrá que comprobar el respeto de algunas condiciones obligatorias, *in primis*, la correcta estipulación del *contrato de estancia para trabajo*, a que se refiere el artículo 5.bis (artículo 5, apartado 3.bis). La duración del correlativo permiso de estancia para trabajo es la prevista en el contrato de estancia y debe contener taxativamente, a) *la garantía por parte del empleador de la disponibilidad de un alojamiento para el trabajador que cumpla los parámetros mínimos previstos por la Ley para las viviendas de construcción residencial pública*; b) *la obligación de pago por parte del empleador de los gastos de viaje para el regreso del trabajador al país de procedencia* (artículo 5.bis del T.U.

Es importante subrayar que en la normativa italiana, como resultado de una precisa elección de política legislativa dirigida a regular el fenómeno de los ingresos a largo plazo⁷, la expedición de los títulos (visado de ingreso para trabajar y permiso de permanencia) debe realizarse dentro de los límites cuantitativos y cualitativos de las *cuotas de ingreso* determinadas anualmente por Decreto del Presidente del Consejo de Ministros (artículo 3, apartado 4, del texto unificado sobre inmigración), sobre la base del documento programático trienal preparado por la Presidencia del Consejo de Ministros, oídos los otros órganos interesados, con los que se definen en los tres años subsiguientes las opciones estratégicas de política migratoria (artículo 3, apartado 2, del texto unificado sobre inmigración)⁸.

A diferencia de lo analizado hasta el momento, un migrante puede permanecer regularmente en el territorio del Estado también sobre la base de un título de permanencia expedido por razón de motivos político-humanitarios. En tal caso, al migrante que haya entrado irregularmente en nuestro territorio, tras la solicitud de protección internacional, podrá serle reconocido por parte de la autoridad competente el status de refugiado o la protección subsidiaria⁹. Donde no existan los presupuestos para la concesión de la protección internacional, pero existan en cualquiera caso «*graves motivos de carácter humanitario*»¹⁰, podrá

Inmigración). Sobre el tema del procedimiento de entrada de los extranjeros en Italia por motivos de trabajo, véase Chiaromonte *op. cit.* pp. 151-153. Sobre el tema del contrato de estancia para trabajo subordinado, y más en general en relación con la regulación del contrato de trabajo del extranjero, véase *ibidem*, pp. 183-192. Acerca de las dudas de legitimidad constitucional del contrato de estancia, en relación con el trato diferenciado respecto de los trabajadores nacionales (precisamente, el trato diferenciado en relación con las cargas adicionales impuestas al empleador), cfr. Vettor, T., *Cittadini extra UE, Accesso al lavoro, impiego irregolare e principio paritario, (commento alla normativa - D. Lgs. 25-07-1998, n. 286)*, *Argomenti Dir. Lav.*, 2014, 2, p. 538.

⁷ Chiaromonte, *op. cit.* p. 145. La Corte Constitucional italiana ha considerado legítimo el sistema de contingentes de entrada por motivos de trabajo (*ex multis*, Corte Constitucional, 30 diciembre 1998, núm. 454, en *Giur. Cost.*, 1998, p. 3772, con nota de P. Bonetti, «*La parità di trattamento tra stranieri e cittadini sul collocamento obbligatorio degli invalidi: quando la Corte costituzionale decide di decidere*»), en virtud del principio de Derecho Internacional consuetudinario por el cual todo Estado puede limitar libremente la entrada de los ciudadanos extranjeros en el territorio propio, como resultado de un equilibrio de intereses que el Estado considera prioritario por el bien de la colectividad (protección de la seguridad, del mercado de trabajo nacional, de la salud pública, orden público). Vettor, T., *op. cit.*, pp. 537-538. Por tanto, resulta legítimo un trato diferenciado en la fase de entrada en el territorio italiano (pero no se justifica, en cambio, un trato diverso cuando el extranjero haya entrado legítimamente en el territorio del Estado).

⁸ Sin embargo, se subraya que dicho documento ha perdido con los años gran parte de su valor. Así, en los últimos años, la acción del Gobierno se ha movido en ausencia de una «*estrategia unitaria*» de medio-largo plazo. El único documento útil a los fines de la acción gubernativa, por tanto, es el documento anual establecido por el Presidente del Consejo de Ministros. Chiaromonte, *op. cit.* pp. 147-148.

⁹ Artículo 32, apartado 1, letra a), del Decreto Legislativo núm. 25, de 28 enero 2008, y sucesivas modificaciones, promulgado en transposición de la Directiva 2005/85/CE.

¹⁰ Artículo 32, apartado 3, del Decreto Legislativo 25/2008.

expedirse un permiso especial de permanencia por motivos humanitarios¹¹. En el caso de que se reconozca el status de refugiado político o se conceda la protección subsidiaria, el solicitante se beneficiará de un permiso de permanencia por asilo político o por protección subsidiaria (por una duración entre los dos y 5 años), que otorgará al beneficiario de protección internacional el acceso a la ocupación, a la formación y a la asistencia social y sanitaria en condiciones de trato igual con el nacional italiano¹². Por tanto, será posible el desempeño de actividad laboral en las mismas condiciones y beneficiándose del mismo tratamiento asistencial y formativo, así como de colocación, de los trabajadores nacionales. A los solicitantes de protección internacional¹³ se les puede expedir también un permiso provisionalmente válido, por 6 meses renovables, hasta la terminación del procedimiento, con el que se les autoriza a permanecer en el territorio del Estado. En virtud de este permiso, los solicitantes pueden «*desarrollar actividad laboral, transcurridos sesenta días desde la presentación de la solicitud*»¹⁴, así como beneficiarse de medidas de formación profesional, eventualmente previstas en el programa del ente local dedicado a la acogida del solicitante¹⁵. Es importante recordar que el legislador ha excluido la posibilidad de que en tal circunstancia el permiso pueda transformarse en un permiso de permanencia por motivos laborales¹⁶ (artículo 22, apartado 2, del Decreto Legislativo 142/2015).

En el marco de la denominada «segunda acogida»¹⁷, regida por el SPRAR (Sistema de protección para refugiados y reclamantes de asilo)¹⁸, se

¹¹ Este permiso especial de estancia constituye una forma residual de protección para el migrante, cuando no concurren las condiciones a que se refieren los artículos 7 y 8 del Decreto Legislativo núm. 251, de 19 noviembre 2007 (actos de persecución y motivos de persecución), que justifiquen el reconocimiento del estatus de refugiado, o las condiciones a que se refiere el artículo 14 (daño grave) del mismo Decreto, que justifiquen el reconocimiento de la protección subsidiaria. El permiso de estancia, por tanto, no encuentra fundamento en la obligación de adecuación a normas internacionales o europeas, sino que constituye un título de estancia previsto por el ordenamiento italiano, cuando «*la repatriación pueda determinar la privación de la titularidad y del ejercicio de los derechos humanos, por debajo de núcleo constitutivo del estatuto de la dignidad personal, en comparación con la situación de integración adquirida en el país de acogida*» (Corte de Casación, núm. 4445-2018).

¹² Artículos 17, 25 y 26 del Decreto Legislativo 251/2007.

¹³ Esto es, «*el extranjero que ha presentado demanda de protección internacional, sobre la que no se haya adoptado aún una decisión definitiva, o ha manifestado la voluntad de pedir tal protección*». Artículo 2, apartado 1, letra a, del Decreto Legislativo núm. 142, de 18 agosto 2015.

¹⁴ Artículo 22, apartado 1, del Decreto Legislativo 142/2015.

¹⁵ Artículo 22, apartado 3, del Decreto Legislativo 142/2015.

¹⁶ Artículo 22, apartado 1, del Decreto Legislativo 142/2015.

¹⁷ El sistema de acogida de los solicitantes de asilo en Italia es extremadamente complejo y objeto constantemente de modificaciones, de un lado, para llevar a cabo prácticas de acogida más inclusivas y respetuosas de los derechos humanos; de otro lado, para gestionar al mismo tiempo con eficacia y racionalidad los problemas ligados a las ingentes cifras de entradas (las últimas modificaciones fueron realizadas por el Decreto-ley Minniti-Orlando núm. 13, de 17 febrero 2017, que también retocó el procedimiento para la concesión de la protección internacional). En síntesis (para profundizar en las problemáticas ligadas al sistema de acogida, cfr. Penasa S., *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, en *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, 1, pp. 26. Disponible en: [http://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/saggi/58-l-accoglienza-dei-](http://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/saggi/58-l-accoglienza-dei-ACDCT, VOL. X (2018), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 129-158)

revisan prácticas virtuosas de inserción laboral individual para migrantes¹⁹. Las medidas de inserción profesional llevadas a cabo por el SPRAR se dirigen a favorecer la integración del migrante en la colectividad de acogida por medio de la actividad laboral y, sobre todo en aquellos casos en que exista realmente un recorrido de profesionalización de la persona, tales medidas parecen ser un gran instrumento para valorizar la persona, y ayudarla en su desarrollo personal.

richiedenti-asilo-sistema-unico-o-mondi-parallel. Cfr., también, Curigliano, V., Brinis, V. *Asilo, accoglienza, immigrazione a che punto è l'Italia, I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 1, 2016, pp. 107-124), el sistema se articula en dos niveles: el primer nivel se dirige ante todo a proporcionar una primera acogida en centros colectivos (denominados hotspot), creados en zonas costeras o próximos a las llegadas, donde los migrantes son identificados, fotografiados, se les proporcionan los necesarios cuidados médicos y se les puede poner en marcha el procedimiento de solicitud de protección internacional. En un segundo momento, los migrantes que realizan la demanda de asilo son transferidos (en teoría, en 48 horas) a los centros de primera acogida (conocidos también como hub regionales), donde son retenidos el tiempo necesario para identificar una solución de estancia e integración a medio plazo, a través de la denominada segunda acogida (para profundizar sobre el sistema de segunda acogida, véase la nota siguiente).

¹⁸ Creado por el artículo 32 de la Ley 189/2002. El sistema está coordinado por el Ministerio del Interior, en colaboración con ANAI, la Asociación Nacional de los Ayuntamientos Italianos (ANCI, en italiano). Dicho sistema se dirige a llevar a cabo una forma de «acogida integrada», a través de una gestión compartida entre los entes locales y organismos del denominado «tercer sector» (como también entes de voluntariado, y otros *stakeholders* estratégicos en el ámbito de la inmigración). La red así constituida se orienta a integrar socialmente, laboralmente, escolarmente y culturalmente los migrantes en la comunidad local de acogida. En el sistema SPRAR se incluyen los titulares de asilo político y los titulares de protección subsidiaria o humanitaria, que pueden permanecer en el proyecto durante seis meses, prorrogables por otros seis meses, durante los cuales son acompañados para encontrar un desarrollo autónomo. Los solicitantes de asilo, en cambio, permanecen todo el tiempo necesario para la conclusión de su expediente. Lamentablemente, la aplicación práctica se desvía de los intentos muchas veces proclamados por el legislador italiano, de hacer del SPRAR el sistema cardinal en torno al que gire la segunda asistencia de los migrantes políticos en Italia. De hecho, pocos ayuntamientos se adhieren al SPRAR (las razones aducidas son a veces de naturaleza exquisitamente política) y esto hace que sea insuficiente el sistema para responder a la necesidad actual de acogida de los millares de solicitantes llegados a Italia. Para luchar contra la emergencia, cuando ésta no resulte gestionable a través del sistema ordinario, se han creado los CAE, por el artículo 11 del Decreto Legislativo 142/2015 (Centros de Acogida Extraordinaria, o CAS, en italiano), concebidos como estructuras temporales para «llegadas constantes y cercanas de solicitantes». En realidad, la práctica está demostrando que dicho sistema es algo más que extraordinario, convirtiéndose en el instrumento principal con el que se gobierna la mayor parte de la acogida de migrantes (cerca del 78%), también por razones de reticencia, motivada muy a menudo por razones absurdamente políticas, de muchos ayuntamientos de entrar en el sistema SPRAR. Cfr. *Il sistema di accoglienza dei migranti in Italia, spiegato per bene*, <https://www.lenius.it/sistema-di-accoglienza-dei-migranti-in-italia/>.

¹⁹ Por ejemplo, en la Provincia Autónoma de Trento, la acogida de los solicitantes de asilo en el ámbito del sistema SPRAR lo gestiona el Centro informativo para la inmigración del Departamento de Salud y Solidaridad de la Provincia Autónoma de Trento (CINFORMI), en colaboración con el centro Astalli de Trento y la asociación Atas onlus. En la categoría de las buenas prácticas dirigidas a una acogida integrada, que se orienta al acompañamiento y a la conquista de la autonomía individual, se programan recorridos individualizados de inserción laboral, a través de la activación de prácticas, de valoración de los pre-requisitos laborales o de inserción en un ambiente de trabajo protegido, según la situación de las personas.

Por lo que se refiere a la protección laboral, de seguridad social y sindical, en línea general en el ordenamiento italiano rige un principio de plena igualdad de derechos y de tutela de los trabajadores extranjeros con permanencia regular, con respecto a los trabajadores italianos, en virtud de lo establecido en el artículo 2, apartado 3, del texto único sobre inmigración²⁰, que se refiere al artículo 10 del Convenio OIT núm 143 de 1975. Esto implica, en línea de principio, que una vez que el trabajador extranjero ha entrado regularmente en el mercado de trabajo italiano, toda disparidad de trato tendrá que considerarse prohibida.

Además de la genérica afirmación presente en el texto unificado, tal principio se repite en las diferentes fuentes nacionales dirigidas a regular el acceso y el disfrute por parte de los nacionales extranjeros de diferentes prestaciones sociales y asistenciales en nuestro territorio. También la normativa europea explicita en diversas ocasiones tal principio, pues, como ha precisado el Tribunal de Justicia en relación con la interpretación del principio de paridad de trato con respecto a los nacionales terceros con permanencia de larga duración²¹, la paridad de trato puede ser limitada por los Estados miembros «*con excepción de las prestaciones de asistencia social o de protección social concedidas por las autoridades públicas, a nivel nacional, regional o local, que contribuyen a permitir que la persona satisfaga sus necesidades elementales*».

Aunque el principio sea afirmado con vigor en el marco normativo, su concreta aplicación se revela a menudo problemática, como demuestra la copiosa jurisprudencia sobre el asunto, sobre todo constitucional²². La obra de esta última se ha concentrado sistemáticamente en la extensión del acceso a los beneficios y prestaciones sociales a los nacionales de terceros países, frente a una normativa nacional y regional no plenamente conforme al principio de igualdad.

²⁰ «*La República italiana, en ejecución del Convenio de la OIT núm. 143, de 24 junio 1975, ratificado por la Ley núm. 158, de 10 abril 1981, garantiza a todos los trabajadores extranjeros con estancia regular en su territorio y a sus familias, paridad de trato y plena igualdad de derechos respecto de los trabajadores italianos*».

²¹ Así se ha expresado el TJUE, en el asunto *Kamberaj v. Istituto per l'edilizia sociale*, C-571/10, sentencia de 24 abril 2012, a propósito de la interpretación del artículo 11, párrafo 4 (*paridad de trato*), de la Directiva 2003/109/CE del Consejo (después modificada por la Directiva 2011/51/UE), y transpuesta al ordenamiento italiano por el Decreto Legislativo núm. 3, de 8 enero 2007.

²² Para un examen atento de la jurisprudencia constitucional, en relación con la extensión de los beneficios sociales y de seguridad social a los ciudadanos terceros, del método utilizado por la Corte para calificar el principio a que se refiere el artículo 3 de la Constitución (principio de igualdad formal y sustancial), frente a la prohibición de discriminación, y también para desarrollar el test de razonabilidad y de diálogo con los otros Tribunales Europeos (TEDH y TJUE), cfr. Sciarra S., *Migranti' e 'persone' al centro di alcune pronunce della Corte Costituzionale sull'accesso a prestazioni sociali, '60 anni dopo i Trattati di Roma. I diritti ed i valori fondamentali nel dialogo tra la Corte di Giustizia e le Corti supreme italiane'*, ponencia presentada en el Consejo de Estado, 26 mayo 2017, pp. 1-10.

Así, la Corte ha llegado a censurar una norma de la ley tributaria de 2001²³, por contraria al principio igualitario (en este caso sustancial), dado que, recordando el requisito de la percepción de una determinada renta (condición necesaria para la expedición del permiso de permanencia), excluía a los extranjeros con permanencia de larga duración de la concesión del subsidio de acompañamiento por incapacidad²⁴, creando una irrazonable discriminación entre nacionales extracomunitarios y nacionales italianos en el acceso a prestaciones y beneficios de seguridad social. En términos análogos, la Corte ha intentado extender a quien permanece con larga duración la pensión de incapacidad²⁵, declarando, una vez más, el requisito de la renta «*manifiestamente irracional*». En otro célebre caso, ha tachado de manifiestamente infundado el requisito de la posesión *de al menos cinco años* de la tarjeta de permanencia (hoy, permiso de permanencia de larga duración), a los efectos de beneficiarse de la percepción del subsidio de acompañamiento (para personas con discapacidad)²⁶.

En otros casos, la Corte Constitucional no ha censurado la normativa de referencia por la falta de extensión de tales tutelas sociales a los migrantes *regularmente presentes* en el mercado de trabajo italiano, sugiriendo a los intérpretes (jueces, pero también Administraciones públicas llamadas a aplicar la reglamentación de seguridad social) la correcta interpretación de la normativa en virtud del principio de la paridad de trato, explicitado en diversos lugares de la normativa en materia de inmigración (de modo que resulta absolutamente inútil la declaración de inconstitucionalidad). Así, la Corte²⁷ ha declarado inadmisibles las cuestiones de legitimidad relativas a la falta de extensión del subsidio de maternidad (artículo 74 del Decreto Legislativo 151/2001) a los extranjeros titulares del permiso de permanencia único de trabajo²⁸, y a los titulares del permiso de permanencia por motivos humanitarios²⁹, en cuanto la extensión a los primeros resulta posible por la aplicación directa del artículo 12 de la Directiva 2011/98³⁰ (que garantiza la paridad de trato en materia de prestaciones de seguridad social), y a los segundos por la aplicación del artículo 34, apartado 5, del Decreto Legislativo 251/2007, en virtud del cual «*a los titulares del permiso de*

²³ Artículo 80, párrafo 19, de la Ley núm. 388, de 23 diciembre 2000.

²⁴ Corte Constitucional, núm. 306/2008.

²⁵ Corte Constitucional, núm. 11/2009.

²⁶ Corte Constitucional, núm. 40/2013 (con las mismas motivaciones, se reconoce la concesión a ciegos parciales, y las pensiones de invalidez para sordos, Corte Constitucional, núms. 22/2015 y 230/2015). Incluso, el irrazonable período de permanencia en un territorio lleva a censurar una norma regional que subordinaba a la residencia de al menos cinco años en la región del Trentino Alto Adige la concesión del subsidio para el sostenimiento del núcleo familiar, Corte Constitucional, núm. 133/2013 (para un análisis de esta decisión, cfr. Sciarra *op. cit.*).

²⁷ Corte Constitucional, Auto núm. 95/2017.

²⁸ Artículo 12 de la Directiva 2011/92.

²⁹ Artículo 34, apartado 5, del Decreto Legislativo núm. 251/2007.

³⁰ Directiva 2011/98/UE, *por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.*

permanencia por motivos humanitarios se les reconoce los mismos derechos establecidos por el presente Decreto a favor de los titulares de protección subsidiaria», entre los cuales sin duda se encuentra el mismo trato respecto al nacional italiano en materia de asistencia social y sanitaria, por aplicación del artículo 27 del mismo Decreto.

La Corte, actuando así, no hace más que recordar que el principio de paridad de trato en materia laboral y de seguridad social entre nacionales italianos y nacionales de terceros países con permanencia regular debe encontrar aplicación directa, bien por parte de los jueces, bien por parte de las Administraciones implicadas, aun cuando el legislador haya omitido indicar entre el conjunto de beneficiarios de las garantías sociales alguna de las categorías de migrantes³¹.

Sentadas estas premisas acerca de los principios que regulan la tutela de seguridad social de los migrantes *con permanencia regular*, nos adentramos ahora en el análisis del verdadero y propio objeto de esta contribución. Para proseguir, sin embargo, parece fundamental dar cuenta de cuáles son los *objetivos esenciales* y la estructura metodológica del análisis que seguirá. Así, analizando la normativa italiana relativa al fenómeno *de quo*, se han identificado en particular tres específicos núcleos temáticos merecedores de atención, que conciernen a los objetivos esenciales que las políticas sociales en materia de inmigración irregular deberían conseguir:

1. La previsión de instrumentos de prevención contra el trabajo de los migrantes irregulares.
2. Los instrumentos de lucha contra la explotación laboral grave y los medios de protección de las víctimas de estas prácticas.
3. La tutela de los derechos sociales fundamentales de los migrantes irregulares y, sobre todo, de los derechos conectados a la relación de trabajo.

El análisis de la normativa italiana a la luz de los objetivos antes mencionados permitirá identificar así las posibles críticas y las incoherencias sistemáticas, merededoras *pro futuro* de deseables intervenciones correctoras

³¹ Por ejemplo: exclusión del conjunto de perceptores del subsidio de maternidad para trabajadoras atípicas (artículo 75 del Decreto Legislativo 151/2000), de los titulares de permiso humanitario, titulares de protección internacional. Los beneficiarios excluidos podrán dirigirse a las Administraciones y, en caso de denegación, al Juez competente; exclusión del conjunto de posibles beneficiarios del subsidio para el núcleo familiar numeroso (artículo 65 de la Ley 488/1988), de los titulares de permiso por motivos humanitarios y de los titulares de permiso único laboral. Sobre la incompatibilidad de tales omisiones con la normativa europea, también se ha pronunciado el TJUE, en el caso *Martinez*, C-449/2016, el cual ratifica que la paridad de trato se aplica a todas las prestaciones concedidas sobre la base de requisitos predeterminados, sin discrecionalidad alguna por parte de la Administración pública.

II. ASPECTOS FENOMENOLÓGICOS Y RELEVANCIA SOCIAL

La ocupación irregular de los extranjeros representa un fenómeno numéricamente y económicamente muy relevante en nuestro país, sobre todo en algunos sectores como la agricultura, el trabajo doméstico y el sector de la construcción. Sin embargo, debe subrayarse que, tratándose de un fenómeno radicado en la economía sumergida, la existencia de comportamientos de variable naturaleza produce un grado de incertidumbre bastante elevado, y dificulta fotografiar con exactitud el fenómeno en su globalidad.

Fijadas estas premisas, en 2016, una investigación realizada por la fundación Leone Moressa³² ha puesto de relieve que en Italia aproximadamente están presentes 558 mil ocupados irregulares (igual al 20% de los ocupados extranjeros en Italia), con una riqueza producida igual a 12,7 mil millones de euros (igual a un punto del PIB), con una pérdida de ingresos fiscales igual a 5,5 mil millones de euros³³.

Datos similares, proporcionados por la fundación Ismu, estiman los irregulares, a fecha de 1 enero 2017, en 491 mil, aumentando respecto de los 453 computados el año precedente³⁴. La incidencia de los irregulares sobre el total de la población extranjera es, por lo tanto, del 8,2% (a 1 enero 2017, la población extranjera en Italia ha alcanzado la cifra de 5 millones 958 mil, comprendiendo migrantes regulares y no)³⁵.

La ocupación de extranjeros irregulares, además de producir, como se ha mencionado, graves daños al sistema económico y perjudicar el funcionamiento regular de la competencia del mercado, repercute también sobre la condición de los prestadores de trabajo que, por razón de la ausencia de fuerza contractual, que

³² Estimación de la Fundación Leone Moressa, «Il tesoro sommerso dell'immigrazione», 20 octubre 2016, <http://www.fondazioneleonemoressa.org/2016/10/20/il-tesoro-sommerso-dellimmigrazione/>. Cfr. el artículo de comentario aparecido en Reppublica.it, de Polchi, V., «*Gli immigrati che lavorano senza tutele: un "tesoro sommerso" da 12,7 miliardi*», <http://www.repubblica.it/economia/2016/10/21/news/il_tesoro_nero_degli_immigrati_senza_tutele_vale_12_7_miliardi-150170139/?ref=HREC1-18>, 26 octubre 2016.

³³ A nivel territorial, en términos absolutos, casi la mitad (249 mil) se encuentra en el norte. En cambio, la incidencia mayor sobre los ocupados extranjeros es en el sur, donde los irregulares representan más de un tercio (33,9%). Datos Fundación Moressa, 2016.

³⁴ Datos Fundación Ismu, *Ventitreesimo Rapporto sulle migrazioni 2017*, 2017 FrancoAngeli, Milano. Datos comentados en el artículo «*Residenti e irregolari: ecco la mappa dei migranti in Italia. Un detenuto su tre è straniero*», de Carli, A. y Gagliardi, A., extraídos de Il Sole 24 ore, y on line de 5 febrero 2018, <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2018-02-05/migranti-54-milioni-residenti-e-500mila-irregolari-detenuto-tre-e-straniero-150359.shtml?uuid=AEQYWfuD>.

³⁵ *Residenti e irregolari (...)*, *ibidem*.

provoca una situación de extrema vulnerabilidad, serán fácilmente objeto de prácticas de gravísima explotación.

La manifestación más grave del trabajo irregular de los inmigrantes se manifiesta en el ámbito del sector agrícola, sobre todo en aquellos productos donde domina un mercado oligopolístico (en especial, cultivo de tomates, cítricos, patatas y hortalizas), en el que la compleja y larga cadena productiva impone a los cultivadores un precio de venta que no permite internalizar los costes directos e indirectos del trabajo³⁶. La ocupación irregular de mano de obra en la agricultura está a menudo conectada a la práctica del denominado «*caporalato*», esto es, el reclutamiento y el transporte en los campos de mano de obra a bajo coste, casi siempre en situación de irregularidad, donde vienen impuestas condiciones de trabajo caracterizadas por la constante explotación y por la sistemática evasión de la normativa laboral y de seguridad social³⁷. Según algunos análisis, incluso la explotación extrema del trabajo, señaladamente de los trabajadores extranjeros presenten en el territorio italiano, permitiría al sector agrícola italiano conservar competitividad en el mercado globalizado³⁸.

En el año 2015 se han registrado al menos 10 muertes de extranjeros irregulares en la agricultura. En Italia, son 80 los epicentros en los cuales se han registrado fenómenos de grave explotación en la agricultura, y se estiman entre 400.000 y 430.000 los trabajadores irregulares en la agricultura y potenciales víctimas de *caporalato*, de los que 100.000 son trabajadores irregulares en Italia en condiciones de explotación y grave vulnerabilidad; en el sector agrícola la economía sumergida e informal vale aproximadamente entre 3,3 y 3,6 mil millones de euros³⁹.

En 2015, las inspecciones han registrado 713 episodios de *caporalato*. El salario abonado es inferior a cerca del 50% del previsto en el respectivo CCNL (*convenio colectivo nacional*), la paga media oscila entre los 22 y los 30 euros diarios y el horario medio es de 10-12 horas de trabajo. Es bastante frecuente el trabajo a «destajo» por una compensación media de 3-4 euros por un arcón de 375

³⁶ Un gran número de migrantes sigue «*el itinerario de explotación trazado por la estacionalidad de los cultivos*» (De Martino, C., Lozito, M., Schiuma, D., *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, en *Lavoro e Diritto*, 2, 2016, p. 313), «*para responder a una demanda de mano de obra que padece la bajada de los precios impuesta por la gran presión de las multinacionales*», que, por lo tanto, repercute la misma presión en la rebaja del coste del trabajo (Sagnet Y., Palmisano L., *Ghetto Italia. I braccianti stranieri tra caporalato e sfruttamento*, 2015, Roma: Fandango, pp. 61 ss. y 91 ss., en De Martino, C., Lozito, M., Schiuma, D., *infra*), De Martino, C., Lozito, M., Schiuma, D., *op. cit.*, p. 314.

³⁷ De Martino, C., Lozito, M., Schiuma, D., *op. Cit.*, p. 314.

³⁸ *Ibidem*, p. 314.

³⁹ Datos: Informe «*Agromafie e caporalato*», Fondazione Placido Rizzotto, Flai-CGIL, 2016, <http://www.flai.it/osservatoriopr/>.

Kg. El 60% de los trabajadores empleados bajo *caporalato* no ha accedido al agua o servicios higiénicos⁴⁰.

Esta condición de gran vulnerabilidad hace que resulte particularmente apetecible para los *caporales* el empleo de mano de obra *extranjera*, dado que es más fácilmente «chantajeable». Se estima, en efecto, que en la agricultura 1/3 de los ocupados extranjeros trabaja en condiciones de irregularidad (precisamente el 33,9%)⁴¹. El fenómeno de los flujos migratorios irregulares y el del *caporalato* aparecen, por tanto, cada vez más entrelazados entre ellos, dando vida a la realidad laboral y habitacional donde se violan sistemáticamente los más elementales derechos humanos.

Examinado el marco fenomenológico, vamos ahora a analizar los instrumentos normativos dispuestos por el legislador a fin de regular el fenómeno de la ocupación de la inmigración irregular, centrandolo, como se expuso antes, el análisis en tres momentos esenciales.

III. MEDIDAS DE LUCHA CONTRA EL TRABAJO IRREGULAR DE LOS MIGRANTES: EL APARATO SANCIONADOR

Las posibilidades de ocupación irregular representan desde siempre un factor incentivador (el denominado *pull factor*) de la inmigración clandestina. Sobre la base de esta convicción, la Unión Europea ha promulgado en 2009 la Directiva núm. 52, relativa a «*Normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular*», cuyo eje lo constituye la aplicación de sanciones a los empresarios, que operan *directamente* como desincentivo esencial para luchar contra el trabajo irregular e, *indirectamente*, como instrumento dirigido a frenar los flujos de inmigración irregular (actuando, como ya dicho, contra el efecto llamada⁴²). Para conseguir tales objetivos, la Directiva actúa en tres frentes esenciales: 1) prohibición generalizada de empleo de nacionales de terceros países cuya permanencia no sea regular (artículo 3); 2) previsión de un sistema de sanciones *eficaces, proporcionadas y disuasorias* que puedan tener naturaleza financiera,

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Datos Fundación Moressa, 2016, *cit*.

⁴² Considerando 2: «*La posibilidad de encontrar trabajo en la UE sin poseer el estatuto legal exigido es uno de los principales factores de atracción de la inmigración clandestina en la UE. Así pues, la lucha contra la inmigración clandestina y la estancia ilegal debe incluir medidas que atajen ese factor de atracción*». Considerando 36: «*Dado que el objetivo de la presente Directiva, a saber, luchar contra la inmigración clandestina atajando el factor de atracción que constituye la posibilidad de trabajar, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a la dimensión y a los efectos de la presente Directiva, puede lograrse mejor a nivel comunitario, la Comunidad puede adoptar medidas de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado*».

administrativa y, en los casos de mayor gravedad, naturaleza penal (artículos 5, 7, 9, 10); y 3) intensificación de la actividad de vigilancia (artículo 14).

En Italia, la Directiva ha sido transpuesta con el Decreto Legislativo núm. 109 de 2012, que ha modificado en algunos puntos el texto unificado sobre inmigración.

Hay que precisar que, incluso antes de la transposición de la Directiva, nuestro sistema ya preveía una prohibición general de ocupación de trabajadores con permanencia no regular, por medio de la aplicación de una sanción penal al empresario que violase tal precepto (artículo 22, apartado 12, del texto unificado sobre inmigración). Por lo tanto, dicha norma no ha sido modificada:

«Al empleador que ocupa en sus propios centros de trabajo trabajadores extranjeros carentes del permiso de estancia previsto en el presente artículo, o cuyo permiso haya caducado y que no se haya solicitado, en los plazos legales, la renovación, revocación o anulación, se le castiga con la reclusión de seis meses a tres años y con multa de 5.000 euros por cada trabajador empleado»⁴³.

Según jurisprudencia constante, siempre ha respondido del delito *de quo*, no sólo quien ha favorecido materialmente la contratación del migrante, sino también cualquier otro sujeto que, con carácter general, pueda ejercitar sobre ellos el poder directivo⁴⁴.

El Decreto Legislativo de 2012, transponiendo la Directiva, ha agravado además la entidad de la pena en aquellas situaciones particularmente graves, que según la Directiva *deben necesariamente* recibir una protección penal (artículo 9). Así, se ha añadido un apartado 12.bis, que contiene las circunstancias agravantes del delito a que se refiere el artículo 22, a tenor del cual:

«Las penas por el hecho previsto en el apartado 12 se aumentan de un tercio a la mitad:

- a) si los trabajadores ocupados son un número superior a tres;
- b) si los trabajadores ocupados son menores en edad no laboral;

⁴³ Con la sentencia de condena, el Juez aplica también la sanción administrativa accesoria del pago del coste medio de repatriación del trabajador contratado ilegalmente. Los ingresos procedentes de la aplicación de las sanciones serán destinados en parte al fondo de repatriación, a que se refiere el artículo 14 T.U. Inmigración, y en parte al fondo social para la formación y la ocupación, a que se refiere el artículo 18, apartado 1, del Decreto-ley núm. 185/2008 para la realización de actuaciones de integración de inmigrantes y menores extranjeros no acompañados. Chiaromonte, *op. cit.*, p. 194.

⁴⁴ Corte de Casación, núm. 19201/12; Corte de Casación, núm. 25615/11; Corte de Casación, núm. 29494/08.

c) *si los trabajadores ocupados se colocan en otras condiciones laborales de particular explotación, a que se refiere el apartado tercero del artículo 603.bis del Código Penal*»⁴⁵.

Según opiniones de autoridad, la Directiva en cuestión ha tenido una «traducción mínima»⁴⁶ en nuestro ordenamiento, al no transponer normativamente muchos de los principios clave contenidos en la Directiva que resultan fundamentales para contrastar minuciosamente el trabajo (y, señaladamente, la explotación del mismo) de los trabajadores de países terceros privados de título de estancia⁴⁷.

Así, el Decreto Legislativo de 2012 no contiene ninguna referencia a las sanciones administrativas tales como «*la exclusión del disfrute de ayudas públicas, comprendidas las procedentes de fondos de la UE y la imposibilidad de participar en subastas y contrataciones públicas durante los sucesivos 5 años, el reembolso de ayudas y subvenciones públicas de los 12 meses precedentes, la clausura temporal del centro de trabajo y retirada eventual de la licencia*», que la Directiva sugiere transponer para llevar a cabo su potente efecto disuasorio⁴⁸.

A pesar de la previsión de prohibición general de contratar ciudadanos de países terceros que incurran en condiciones de irregularidad, sancionada junto con una hipótesis de delito, estudios recientes⁴⁹ ilustran cómo la vertiente conectada a tal hipótesis de delito es prácticamente inexistente⁵⁰, sobre todo a la luz de la casi total ausencia de denuncias por parte de los trabajadores. Con esta finalidad,

⁴⁵ Se trata de los indicios de explotación a que se refiere el artículo 603.bis del Código Penal, del delito denominado del «*caporalato*».

⁴⁶ Calafà, L., *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 176. Traducción mínima de una Directiva, por lo demás ya considerada inapropiada, dado que «desequilibra» a favor de la represión del fenómeno de la inmigración irregular, más que hacia la lucha contra el trabajo irregular *tout court*. Daugareilh, I., *La pénalisation du travail irrégulier en droit européen*, en Dubin L. *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union Européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

⁴⁷ Vettor, T., *Lavoro e immigrazione irregolare nel d.lgs. n. 109 del 2012*, en *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2012, p. 44. Igualmente, Paggi, M., *La tutela degli immigrati irregolari vittime di grave sfruttamento in ambito lavorativo: un percorso ad ostacoli per l'effettivo recepimento della direttiva 52/2009*, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4, 2012, p. 87.

⁴⁸ En observancia de la normativa europea, Italia se ha dispuesto a extender la responsabilidad por el delito referido antes, también a las personas jurídicas (artículo 11). En cuanto a las sanciones económicas, resulta pacífica la imposición al empleador de la sanción administrativa máxima, a que se refiere el artículo 3 del Decreto-ley 12/2002, convertido en Ley núm. 73/2002, aplicable a todos los empleadores que emplean trabajadores (nacionales o no) en condiciones de irregularidad.

⁴⁹ Calafà, *op. cit.*, 2012, p. 182; Calafà, L., *Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso italiano*, *Lavoro e diritto*, 1, 2017, p. 74, p. 81.

⁵⁰ Paggi, *op. cit.*, p. 88. Para el autor, la escasa casuística del trabajo irregular de los «clandestinos», sobre todo en relación con las actividades de inspección, hay que imputarla sin más a la ineficacia de los instrumentos dirigidos a favorecer e incentivar las denuncias y colaboraciones con las autoridades.

recordamos que el artículo 13, apartado 1, de la Directiva, impone a los Estados miembros que garanticen «*la existencia de mecanismos eficaces para que los nacionales de terceros países empleados ilegalmente puedan denunciar a sus empleadores, directamente o a través de terceros designados por los Estados miembros, como los sindicatos u otras asociaciones o una autoridad competente del Estado miembro, cuando la legislación nacional lo prevea*». Precisa, además, que la asistencia por parte de terceros para la presentación de dichas denuncias no pueda considerarse favorecimiento de la estancia ilegal (artículo 13, apartado 3).

Salvo que las situaciones de ocupación irregular estén caracterizadas por elementos de particular gravedad y de explotación, a las que se refiere el artículo 22, apartado 12.bis, para las cuales, como se verá en breve, se prevé un permiso de estancia temporal para las víctimas, nuestro ordenamiento no se ha dotado de un adecuado mecanismo dirigido a incentivar las denuncias o, al menos, los comportamientos colaboradores que, en rigor, «*debería ser eficazmente realizado sobre todo con ocasión de actuaciones inspectoras o de policía judicial en los lugares de trabajo*»⁵¹. Tampoco se ha explicitado la causa de exclusión de la responsabilidad de los terceros que ayudan a denunciar. Tal omisión parece incluso más grave si se tiene en cuenta que continúa siendo perseguida penalmente la hipótesis a que se refiere el artículo 10.bis del T.U. Inmigración, con el que se sanciona la «*entrada y estancia ilegal en el territorio del Estado*» (el llamado delito de clandestinidad)⁵². Los trabajadores individualizados en condiciones de irregularidad serán, por tanto, denunciados y contextualmente señalados por la autoridad competente, por incumplimientos en materia de repatriación y/o expulsión coactiva⁵³.

A ello se añade que nuestro ordenamiento nada dispone en relación con el contenido del artículo 6, apartado 2, de la Directiva, allí donde se prevé la obligación de informar «*sistemática y objetivamente a los nacionales de terceros países empleados ilegalmente de sus derechos en virtud de este apartado y con arreglo al artículo 13, antes de la ejecución de cualquier decisión de retorno*»⁵⁴. Con la finalidad de que dicha información pueda ser realmente eficaz, debería por lo demás ponerse en marcha con una anticipación significativa respecto de la ejecución de la repatriación, especialmente si se considera que la información resulta funcional para la posibilidad efectiva de presentar denuncia frente a los

⁵¹ Paggi, *op. cit.*, p. 100.

⁵² Cualquier autoridad pública (incluidos los tribunales) que tenga noticia de la presencia en el territorio del extranjero clandestino, estará obligado a denunciar ante el Ministerio Público y a indicarlo a la autoridad administrativa competente para la expulsión (artículo 313 del Código de Procedimiento Penal).

⁵³ Paggi, *op. cit.*, p. 100.

⁵⁴ Resulta importante subrayar que tal obligación se refiere tanto a las víctimas de concreta explotación legitimada a solicitar el permiso de estancia por razones humanitarias (*infra*), así como a todos los ciudadanos de terceros países contratados ilegalmente, a los que la norma citada reconoce el derecho a actuar para la recuperación de las retribuciones o de las diferencias salariales vencidas (también en los casos de repatriación forzosa o voluntarias) y de las cotizaciones debidas (*infra*).

empleadores, ya directamente, ya por medio de terceros designados por los Estados miembros, tales como sindicatos u otras asociaciones (artículo 13, apartado 2, de la Directiva 52/2009)⁵⁵.

Además, es obvio que subsiste un verdadero y auténtico problema de *efectividad* de la normativa dirigida a impedir la ocupación de mano de obra extranjera irregular, por causa de la falta de aplicación de los instrumentos dirigidos a llevar a cabo la concreta colaboración con los órganos administrativos y judiciales, así como por la persistente existencia de una medida dirigida a castigar *subjetivamente* al migrante que incurra en situación de clandestinidad.

1. La lucha contra las situaciones de grave explotación laboral de los migrantes irregulares y los instrumentos de protección

La condición de «grave explotación laboral» se define por la OIT como «la sustracción con daños al trabajador “de una parte importante de la retribución a la que tiene derecho sobre la base de las prestaciones efectuadas. Es necesario que esto sea consecuencia de una imposición (consciente), esto es, de una disminución favorecida y significativa de la capacidad de autodeterminación del trabajador (teniendo en consideración todos los factores de vulnerabilidad del sujeto)”»⁵⁶. La Directiva 52/2009 define, en cambio, como «condiciones de trabajo especialmente abusivas» aquellas «condiciones de trabajo, incluidas las que resultan de la discriminación por razón del sexo o de otro tipo, en las que se aprecia una desproporción flagrante con respecto a las condiciones de empleo que disfrutaban los trabajadores empleados legalmente, y, por ejemplo, afectan a la salud y la seguridad de los trabajadores y atentan contra la dignidad humana».

Entre las razones de protección por la Directiva de 2009, también se incluyen sin más las de protección de situaciones de grave explotación conectadas a la explotación ilegal de ciudadanos procedentes de terceros países. Con esta finalidad, la normativa europea se ha apresurado a prever un permiso específico para las víctimas expresamente orientado a garantizar, en los casos de explotación

⁵⁵ Si, por lo tanto, es bastante difícil imaginar que la prescrita, sistemática y puntual actividad de información se lleve a cabo de oficio en el curso de actuaciones institucionales, baste pensar en la actual ausencia de dotaciones a los inspectores de vigilancia de módulos informativos plurilingües y en la falta de indicación de tales informaciones incluso en los formularios «pre-establecidos» de expulsión (normalmente en relación con la traducción sólo a la lengua denominada «vehicular»), no hay más que constatarlo en referencia a la macroscópica violación de la Directiva, Paggi, *op. cit.*, p. 114.

⁵⁶ OIT, *Il lavoro forzato e la tratta di esseri umani. Manuale per gli Ispettori del Lavoro*, Dipartimento per le Pari Opportunità, Roma 2010.

particularmente graves, la puesta en marcha de las denuncias y los comportamientos colaboradores⁵⁷.

Con observancia de las prescripciones europeas, el legislador italiano ha previsto en el apartado 12. quater del artículo 22 T.U. Inmigración el otorgamiento de un permiso concreto de estancia por motivos humanitarios, concedido por la autoridad gubernativa, a propuesta y con el informe favorable del Procurador de la República, «*en los casos de concreta explotación laboral a que se refiere el apartado 12.bis*» (circunstancias agravantes del delito de ocupación irregular de migrantes, *supra*), «*al extranjero que haya presentado denuncia y colabore en el procedimiento penal tramitado frente al empleador*». Por lo tanto, la expedición del permiso humanitario se realiza cuando: los trabajadores ocupados sean superiores a tres; los trabajadores ocupados sean menores; los trabajadores estén expuestos a condiciones laborales de la concreta explotación a que se refiere el artículo 603, apartado 3, del Código Penal, artículo dirigido a sancionar el delito comúnmente llamado de «*caporalato*» (*infra*). Este último apartado indica minuciosamente los indicios de explotación laboral, en línea con la definición de explotación laboral de la normativa europea e internacional (pago reiterado de retribuciones netamente inferiores a la normativa vigente, violaciones patentes de la normativa en materia de salud y seguridad de los lugares de trabajo, violación reiterada de la normativa sobre jornada, la exposición del trabajador a condiciones de trabajo, con métodos de vigilancia o en situaciones de alojamiento degradantes), identificables como *núcleo duro* de la protección conectada a la relación laboral.

Con la finalidad de acabar con la explotación laboral conectada a las prácticas ya mencionadas de «*caporalato*», dramáticamente difundidas en Italia, como ya se ha puesto de relieve, en el 2011, sobre todo en el sector agrícola (con el Decreto-ley núm. 138, luego convertido en Ley núm. 148 de 2011), nuestro ordenamiento se ha dotado de un tipo de delito (artículo 603.bis del Código Penal)⁵⁸ dirigido a sancionar la «*intermediación ilícita y la explotación del trabajo*». Este tipo ha sido recientemente modificado, como consecuencia de

⁵⁷ Art. 13, apartado 4, «*en relación con los delitos contemplados en el artículo 9, apartado 1, letras c) o e)* [ocupación irregular caracterizada por una explotación concreta o la contratación relativa a un menor], *los Estados miembros definirán con arreglo a la legislación nacional las condiciones en las que podrán expedir, caso por caso, permisos de residencia de duración limitada, vinculada a la duración del procedimiento nacional correspondiente, a los nacionales de terceros países implicados*».

⁵⁸ Para profundizar en la normativa previa, en términos penalistas, cfr. Di Martino, A., *Caporalato e repressione penale: appunti su una correlazione troppo scontata*, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2, 2015, pp. 106 ss. En su redacción originaria, el delito de intermediación ilícita y explotación del trabajo estaba construido sobre tres elementos: la existencia de una actividad organizada de intermediación en el reclutamiento de mano de obra o en la organización del trabajo de ésta en condiciones de explotación, una conducta caracterizada por la violencia, amenaza o intimidación y, por último, el aprovechamiento del estado de necesidad del trabajador. De Rubeis, A., *Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2017, pp. 221-237.

críticas presionantes por parte de la opinión pública⁵⁹, con la doble finalidad de extender la punibilidad también al sujeto que lo utiliza (esto es, el empleador que se beneficia en concreto de la explotación de la mano de obra), así como con la finalidad de simplificar el tipo y garantizar una punibilidad más detallada⁶⁰. Por lo tanto, la reforma viene a extender la conducta punible, haciendo desaparecer del tipo básico las modalidades de violencia, amenaza o intimidación, elevadas ahora a meras circunstancias del delito (apartado 2). También la actividad de intermediación se define de manera distinta, en sentido más amplio, eliminando toda referencia a la necesidad de una actividad organizada a tal fin. Se introduce una nueva conducta en el núm. 2 del apartado 1, que castiga la utilización, el empleo o la contratación de mano de obra en condiciones de explotación y aprovechándose del estado de necesidad de los trabajadores⁶¹. Repárese en que también se castiga al que utiliza, aunque no se haya servido materialmente de la actividad de intermediación.

Más concretamente, según la nueva formulación, se prevé que:

«Salvo que el hecho constituye un delito más grave, se castiga con reclusión de uno a seis años y con multa de 500 a 1.000 euros por cada uno de los trabajadores reclutados, siempre y cuando

1) reclute mano de obra con el objeto de destinarla al trabajo en terceros en condiciones de explotación, aprovechando el estado de necesidad del trabajador;

2) utiliza, contrata o emplea mano de obra, también mediante la actividad de intermediación a que se refiere el número 1), sometiendo a los trabajadores a condiciones de explotación y aprovechándose de su estado de necesidad. Si los hechos se cometen mediante violencia o amenaza, se aplica la pena de reclusión de cinco a ocho años y multa de 1.000 a 2.000 euros por cada trabajador reclutado. A efectos del presente artículo, constituye índice de explotación la existencia de una o más de las siguientes condiciones:

1) el pago reiterado de retribuciones de modo claramente desviado de los convenios colectivos nacionales o territoriales estipulados por las

⁵⁹ De Martino, Lozito, Schiuma, *op. cit.* p. 317. También el mundo sindical había mostrado ásperas críticas en relación con la falta de extensión de la punibilidad penal al utilizador de la mano de obra suministrada fraudulentamente. En este sentido, el artículo de la «Carta de los derechos universales del trabajo», un proyecto de ley de iniciativa popular presentado por la Cgil proponía la introducción de un nuevo artículo 603.querter del Código Penal, que se dirigía a extender la punibilidad también al empresario utilizador y, contextualmente, a ampliar el tipo penal desde el punto de vista objetivo, no previendo, entre los requisitos del delito, el aprovechamiento del estado de necesidad del trabajador, con el consiguiente aligeramiento de la carga de la prueba.

⁶⁰ Para un examen detallado de los perfiles penales relativos al nuevo tipo, cfr. De Rubeis, A., *op. cit.*, pp. 221-237.

⁶¹ De Rubeis, *op. cit.*, p. 223.

organizaciones sindicales más representativas a nivel nacional, o desproporcionado respecto de la cantidad y calidad del trabajo prestado;

2) la violación reiterada de la normativa sobre jornada, períodos de descanso, descanso semanal, o los permisos obligatorios y fiestas;

3) la existencia de violaciones de las normas en materia de seguridad e higiene de los lugares de trabajo;

4) el sometimiento del trabajador a condiciones de trabajo, métodos de vigilancia o alojamientos degradantes.

Constituyen agravante específica y comportan el aumento de la pena de un tercio a la mitad:

1) el hecho de que el número de trabajadores reclutados sea superior a tres;

2) el hecho de que uno o más de los sujetos reclutados sea menor de la edad laboral;

3) haber cometido el hecho exponiendo a los trabajadores explotados a situaciones de grave peligro, teniendo en cuenta todas las características de las prestaciones a desarrollar y las condiciones de trabajo».

En síntesis, por lo tanto, se castiga a los sujetos que reclutan y utilizan trabajadores sometiéndoles a condiciones de explotación laboral y aprovechándose de su estado de necesidad. El artículo, como ya se dijo, ofrece luego una casuística de los indicios de explotación.

Cuando los trabajadores migrantes irregulares explotados colaboren con las autoridades y presenten denuncia, podrán sin más beneficiarse del permiso especial de estancia por motivos humanitarios a que se refiere el artículo 22, apartado 12. quater (*supra*).

En fin, en caso de gravísima explotación laboral, que ocurre cuando un sujeto «*ejercita sobre una persona poderes equivalentes a los del derecho de propiedad, o cuando reduce o mantiene a una persona en estado de sujeción continuada, conстриéndola a prestaciones laborales o sexuales, o a la mendicidad o al desarrollo de actividades ilícitas (...)*», cuando la conducta se lleve a cabo mediante «*violencia, amenaza, engaño, abuso de autoridad o aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, de inferioridad física o psíquica o de una situación de necesidad, o mediante la promesa o la dación de una suma de dinero o de otras ventajas para quien tiene autoridad sobre la persona*», el ordenamiento configura la hipótesis de delito de «*reducción a la esclavitud*» (artículo 600 del Código Penal), con la previsión de penas disuasorias severísimas para los reos.

A efectos del artículo 18 T.U. Inmigración, pues, cuando en el curso de investigaciones policiales o de acciones asistenciales surjan situaciones de violencia o grave explotación conectadas al ejercicio de actividades criminales de

carácter asociativo, y subsistan peligros concretos para la indemnidad del extranjero, la autoridad gubernativa, también a propuesta del Procurador de la República, con el informe de la propia autoridad, otorga un permiso especial de estancia que permita al extranjero sustraerse a la violencia y a los condicionamientos de la organización criminal. Resulta importante subrayar que este permiso especial de estancia, expedido «por motivos humanitarios» (con una duración de 6 meses, renovable por un año) puede convertirse, cuando acabe, en un permiso de estancia por motivos de estudio o trabajo y, a diferencia del permiso *ex* artículo 22 T.U. Inmigración, el mismo permite a los inmigrantes denunciantes su inserción en un programa de asistencia e integración social⁶², proyectando así la protección de la víctima también en la dimensión social y de desarrollo personal.

En realidad, el permiso *ex* artículo 18 debería expedirse tanto a las víctimas de los delitos a que se refiere el artículo 603.bis del Código Penal («*caporalato*»), cuando la explotación la lleve a cabo una asociación de carácter criminal, como a las víctimas del delito gravísimo a que se refiere el artículo 600 del Código Penal.

Hay que tener en cuenta, como ya se indicó, que Italia no ha transpuesto la parte de la normativa europea relativa a las obligaciones de información por parte de las autoridades de inspección o de vigilancia en relación con los derechos ejercitables por los migrantes. En principio, cuando durante las diversas actividades inspectoras, o de investigación de la policía, emergen trabajadores extranjeros con estancia irregular, los funcionarios de policía y de los órganos de inspección *deberían* estar en posición de «identificar» (antes de proceder a una eventual expulsión o alejamiento coactivo) eventuales víctimas de explotación grave, en cuanto que sujetos a proteger, señaladamente en el ámbito de un futuro procedimiento penal. En segundo lugar, *deberían* avisar a estos últimos acerca de la posibilidad de colaborar con las autoridades (y consecuentemente, denunciar la situación de irregularidad y explotación), posibilidad que está garantizada por el otorgamiento de un permiso por motivos humanitarios *ex* artículo 18 T.U. Inmigración o *ex* artículo 22, apartado 12.º quater, T.U. Inmigración. Ahora bien, dadas las lagunas y las prácticas insuficientes, en la situación actual subsiste una elevada probabilidad de que los extranjeros con estancia irregular —comprendidas las víctimas de explotación grave— puedan ser sometidos al procedimiento de repatriación sin, al menos, recibir las oportunas informaciones sobre los derechos ejercitables, y sin ser puestos en condiciones de recibir la ayuda indispensable a tal fin⁶³.

⁶² Había sido bienvenido para Calafà, *op. cit.* 2012, p. 201, insertar el permiso previsto por la Directiva directamente en el cuerpo del artículo 18 del T.U., por razón de la finalidad conectada a la integración social de dicho permiso.

⁶³ Paggi, *op. cit.*, p. 103.

2. Protección de los derechos (laborales y de seguridad social) de los trabajadores migrantes irregulares derivados de la relación laboral

Después de haber examinado las medidas sancionadoras frente a la ocupación de extranjeros que se encuentran en situación irregular, debemos interrogarnos sobre cuáles sean los derechos que corresponden a los migrantes, a la luz de la relación laboral que *usualmente ha tenido lugar* entre empleador y trabajador.

La normativa europea, con la ya varias veces mencionada Directiva 52/2009, reconoce que por cada violación de la prohibición a que se refiere el artículo 3⁶⁴, los Estados miembros deben garantizar que el empleador sea responsable del pago de la retribución devengada (según los parámetros establecidos para el salario mínimo por la ley o la negociación colectiva), de las cotizaciones de seguridad social y de los costes de transferir dichas sumas al país al que ha retornado el ciudadano irregular [artículo 6, apartado 1, letras a), b), c)]. Se presume la existencia de un contrato de al menos 3 meses, salvo prueba en contrario (artículo 6, apartado 3).

Del mismo modo, también la normativa de la OIT (artículo 9 del Convenio de la OIT núm. 143 de 1975, ratificado por Italia con la Ley núm. 158 de 1981) prevé que debe garantizárseles a los trabajadores migrantes en condiciones de irregularidad *«paridad de trato en lo que respecta a los derechos derivados de empleos anteriores, en forma de retribuciones, de seguridad social y de otras facilidades»*.

En aplicación de la normativa europea, con el ya mencionado Decreto núm. 109 de 2012, el legislador italiano ha previsto expresamente en el artículo 3 que *«con la finalidad de determinar el trato retributivo, contributivo y fiscal a otorgar al extranjero (se) introduce una presunción relativa a la duración de la relación, igual al menos a tres meses»*, reconociendo explícitamente de ese modo la titularidad por el migrante de tales derechos.

Es preciso recordar que la jurisprudencia italiana ha reconocido pacíficamente desde siempre (también en el período anterior al Decreto de 2012) el derecho del extranjero a conseguir las sumas esperadas, ligadas a la relación laboral, recurriendo a la aplicación del artículo 2126 del Código Civil⁶⁵. Según

⁶⁴ En relación con la prohibición de contratación de ciudadanos extra UE cuya estancia sea irregular, *supra*.

⁶⁵ Para un reconocimiento de la aplicación jurisprudencial del artículo 2126 del Código Civil, en relación con el contrato estipulado por el extranjero que haya entrado irregularmente en el país, De Mozzì, B., *«L'impiego irregolare di lavoratori extracomunitari»*, en Brollo, M., Cester, C., Menghini, L. (a cargo de), *«Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni»*, Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 2016, pp. 431-433. Cfr., además, Chiaromonte, *op. cit.*, pp. 197-200.

dicha norma, en su apartado primero, «*la nulidad del contrato no produce efectos durante el período en que haya ocurrido la prestación, salvo que esta última no derive de nulidad de la causa o del objeto*». Para la Casación, la ilicitud de la causa o del objeto se produce sólo cuando la norma violada sea contraria a los «*principios de orden público*»⁶⁶. Según dicho parecer, la violación de las normas relativas a la contratación no produce nulidad ni de la causa ni del objeto (dado que la violación de dichas normas no tiene efecto sobre el contenido objetivo de la actividad laboral), sino mera ilicitud por violación de normas legales imperativas⁶⁷. De acuerdo con este principio, se ha reconocido pacíficamente el derecho a la retribución del extranjero. Se añade, dado que la obligación de cotización es una consecuencia automática de la obligación retributiva, que de ello se sigue que el trabajador extracomunitario tiene derecho sin más «*al reconocimiento a efectos de seguridad social de la actividad desarrollada*»⁶⁸. Por aplicación del mismo principio, se han reconocido pacíficamente, además, el tratamiento de extinción del contrato, todas las demás cantidades derivadas del convenio colectivo nacional de trabajo aplicable, así como la indemnización INAIL por accidente de trabajo⁶⁹. Además, el extranjero puede beneficiarse de la normativa laboral en relación con la protección de la salud y seguridad en los lugares de trabajo, que también está conectada con la mera prestación de hecho de una actividad laboral⁷⁰.

Esta interpretación parece, desde luego, en línea con el principio expresado por el artículo 2 T.U. Inmigración, según el cual a los extranjeros, con independencia de la titularidad del permiso de estancia, se les reconoce igualmente el *goce de los derechos fundamentales* previstos por las normas de Derecho interno, por los convenios internacionales y por los principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos. La posibilidad de accionar en juicio para

⁶⁶ Corte de Casación (sección trabajo), núm. 3473/1987.

⁶⁷ Corte de Casación (sección trabajo), núm. 15880/2002; Corte de Casación (sección trabajo), núm. 7380/2010.

⁶⁸ Corte de Casación (sección trabajo), núm. 7380/2010 (nota de comentario de McBritton, M., *Prestazione di fatto e lavoro immigrato*, en *Rivista Giuridica del lavoro*, 3, 2010, p. 549. Corroboran tal principio las circulares del Ministerio de Trabajo núm. 2/2002 y del INPS núm. 122/03. En el mismo sentido, también Corte de Casación (sección trabajo), núm. 22559/2010.

⁶⁹ Tribunal de Monza, 9 abril 2009. Chiaromonte, *op. cit.*, p. 199. A veces, la jurisprudencia italiana ha argumentado en favor del derecho del trabajador a recibir retribuciones y emolumentos conexos, en virtud también del segundo apartado del artículo 2126 del Código Civil, según el cual «*si el trabajo se ha prestado con violación de normas existentes para la protección del trabajador, éste tiene en todo caso derecho a la retribución*». Por tanto, la nulidad derivada de la violación del artículo 22 del T.U., apartado 12, dejaría a salvo el derecho a la retribución del extranjero (Corte de Casación, núm. 7380/2010).

⁷⁰ De Mozzi, *op. cit.*, p. 433; Corte de Casación (sección trabajo), núm. 12604/1997. La jurisprudencia ha reconocido, además, al extranjero que se encuentra con estancia irregular y a las llamadas «*víctimas secundarias del daño a la persona*» (parientes, también irregularmente presentes en el territorio), el derecho al resarcimiento de los daños, patrimoniales y no patrimoniales, «*consecuencia de la lesión del derecho inviolable a la salud y, por tanto, a la integridad psicofísica*», ocurrida en Italia (Corte de Casación, sección trabajo, núm. 450/2011; Corte de Casación, sección trabajo, núm. 7120/2013).

la protección de sus propios derecho entra, desde luego, en esta categoría de derechos⁷¹.

En cuanto al reconocimiento de las prestaciones médicas, en virtud del mencionado artículo 2 del T.U., que garantiza a todos los extranjeros, *prescindiendo de su estatus*, el respeto de los derechos fundamentales del ser humano, deben asegurarse a todos los ciudadanos extranjeros los cuidados ambulatorios y hospitalarios «*urgentes*» o «*en todo caso esenciales*»⁷², «*así como duraderos por enfermedad y accidente, y extendiéndoseles los programas de medicina preventiva para la salvaguarda de la salud individual y colectiva*» (artículo 35, apartado 3, del T.U. Inmigración) «*sin costes a cargo del beneficiario*»⁷³. Sobre este tema, la circular del Ministerio de Sanidad de 23 marzo 2000 ha precisado que los cuidados médicos *urgentes* se identifican con aquellas prestaciones «*que no pueden diferirse*» sin peligro para la vida o la salud de la persona; por prestaciones *esenciales*, en cambio, se entienden aquellos cuidados relativos a patologías no peligrosas a corto plazo, pero que con el tiempo podrían determinar un mayor daño para la salud o riesgos para la vida⁷⁴. Al interpretar la Ley, dicho decreto ha establecido, además, el principio de la «*continuidad de los cuidados urgentes y esenciales, en el sentido de asegurar al enfermo el ciclo terapéutico y rehabilitador completo en relación con la posible cura del evento morboso*».

Una vez mencionados los derechos que corresponden al trabajador irregular, hay que detenerse en el grado de *efectividad* de estos derechos. El artículo 2, apartado 5, del T.U. Inmigración garantiza a todos los extranjeros plena paridad de trato con el ciudadano, en relación con la *tutela jurisdiccional* de los

⁷¹ Ferrero, M., Guariso, A., *Dal diritto penale speciale alla tutela civile contro le discriminazioni razziali*, en Ferrero, M., Perrocco, F. (a cargo de), *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, FrancoAngeli, Roma, 2011, p. 205.

⁷² En dicho sentido se expresa también Corte Constitucional núm. 251/2001: «*el derecho a los tratamientos sanitarios necesarios para la protección de la salud está constitucionalmente condicionado por las exigencias de equilibrio con otros intereses constitucionalmente protegidos, sin perjuicio de la garantía de un núcleo irreductible del derecho a la salud protegido por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana, el cual impone impedir la constitución de situaciones privadas de protección, que puedan en el caso concreto perjudicar la puesta en práctica de aquel derecho. Este núcleo irreductible de protección de la salud en cuanto que derecho fundamental de la persona debe, por tanto, reconocerse también a los extranjeros, cualquiera que sea su posición respecto a las normas que regulan la entrada y la estancia en el Estado, pero pudiendo el legislador prever diversas modalidades de ejercicio del mismo*».

⁷³ Según el mismo artículo, deben garantizarse en concreto: la protección social del embarazo y de la maternidad, con paridad de trato con las ciudadanas italianas; la protección de la salud del menor, en cumplimiento del Convenio sobre derechos del niño de 20 noviembre 1989, ratificado y puesto en práctica por la Ley núm. 176, de 27 mayo 1991; las vacunaciones, según la normativa y en el ámbito de intervención de campañas de prevención colectiva autorizadas por las regiones; las intervenciones de profilaxis internacional; la profilaxis, el diagnóstico y la cura de enfermedades infecciosas y eventualmente saneamiento de los focos respectivos.

⁷⁴ Complicaciones, cronificaciones, agravamientos.

derechos y de los intereses legítimos. Esto significa que el extranjero podrá acudir legítimamente a la autoridad judicial italiana para obtener una sentencia ejecutiva frente al empresario, para recuperar las retribuciones o las diferencias salariales causadas, así como las cotizaciones sociales⁷⁵, y cualquier otra suma debida en razón de la prestación realizada.

Recordemos (*supra*, apartado 3-4) que el legislador nacional no ha transpuesto al propio ordenamiento interno el artículo 6, apartado 2, de la Directiva, allí donde se prevé de modo inequívoco la obligación de informar «sistemáticamente y objetivamente a los ciudadanos de países terceros acerca de sus derechos a que se refiere el presente apartado del artículo 13, antes de la ejecución de cualquier decisión de repatriación»⁷⁶. La obligación de información antes de la ejecución de la repatriación resulta lógicamente de extrema importancia, en cuanto que presupuesto de accionar en juicio para recuperar las cantidades debidas. Por lo tanto, la protección de los derechos parece muy débil y vacía de contenido, dado que es altamente probable que los extranjeros destinatarios del procedimiento de expulsión no sean concretamente puestos en condiciones útiles para el ejercicio de sus derechos.

A ello se añade que la aproximación sancionadora del ordenamiento, en relación con la inmigración clandestina (delito de clandestinidad, artículo 10.bis del T.U.) convierte a estos sujetos en particularmente vulnerables y razonablemente poco inclinados a optar por la protección de sus derechos.

3. Breves reflexiones conclusivas

Los decepcionantes datos relativos al fenómeno del trabajo de la inmigración irregular en Italia (elevado número de trabajadores irregulares, difusión microscópica del «*caporalato*», muertes de braceros en los «guetos» del «*caporalato*», escaso número de procedimientos tramitados, ausencia casi absoluta de denuncias por parte de las víctimas a la autoridad judicial) pintan un cuadro muy crítico, poniendo en evidencia que la mera «aproximación sancionatoria» no puede

⁷⁵ Por lo que respecta a la recuperación de las cotizaciones, hay que tener en cuenta que el artículo 22, apartado 13, del T.U. Inmigración, recientemente modificado, prevé que «*en caso de repatriación, el trabajador extracomunitario conserva los derechos de previsión y de seguridad social causados y puede disfrutar de ellos (...) al producirse el cumplimiento de los requisitos previstos por la normativa vigente, cuando cumpla los sesenta y cinco años de edad, incluso sin que se le exija el requisito de cotización mínimo previsto por el artículo 1, apartado 20, de la Ley núm. 335, de 8 agosto 1995*». Por tanto, no será posible la recuperación inmediata de las cantidades pagadas en concepto de seguridad social.

⁷⁶ Ciertamente, el artículo 1, apartado 3, del Decreto de transposición de 2012 preveía un posterior decreto de naturaleza no reglamentaria, para concretar las «*modalidades y los términos para garantizar a los ciudadanos extranjeros interesados todas las informaciones necesarias para la protección de sus derechos*». Dicho decreto no ha sido todavía emanado. De Mozzi, *op. cit.*, p. 446.

revelarse suficiente para atacar una praxis largamente difundida, en un contexto en el que, como ya se ha argumentado, el acceso a la justicia resulta fuertemente desincentivado⁷⁷.

Algunos autores sugieren, paradójicamente, que la política restrictiva de las cuotas, dirigida a regular el acceso y la permanencia de los migrantes en nuestro país (*supra*), sea una de las posibles causas del creciente fenómeno del trabajo sumergido en Italia⁷⁸. De un lado, el procedimiento administrativo orientado al acceso regular parece extremadamente largo y complejo (en particular, por lo que se refiere al trabajo estacional). Añádase que las cuotas establecidas por el Gobierno para otorgar visados de entrada por motivos laborales son, con mucho, inferiores a las demandas presentadas para la expedición de los documentos orientados a la contratación regular de extranjeros. Una estimación de 2012⁷⁹ hipotiza que de cada 100 demandas presentadas sólo 11 han culminado todo el procedimiento hasta la obtención del permiso de estancia. Es razonable hipotizar que los trabajadores que no han podido suscribir el contrato de estancia para el trabajo subordinado con obtención del permiso de estancia en los términos legales, *podrían* continuar trabajando en la economía informal (por lo demás, muy presente ya en el territorio del Estado)⁸⁰. También el elevado número de la denominada «regularización» (también llamados de *emersión del negro*) —sólo 8 de 86 a día de hoy— es un síntoma patente de cómo el actual sistema no está propiamente en línea con las exigencias del mercado⁸¹.

Por lo tanto, cabría conjeturar que debe rediseñarse el sistema de entrada, con la finalidad de que los procedimientos sean más rápidos y simples, y de que la

⁷⁷ Calafà, 2017, *op. cit.*, p. 80-82.

⁷⁸ Las cuotas serían escasas, incluso, en sustancia, para alimentar el trabajo irregular. McBritton, M., *Lavoro degli immigrati e lavoro sommerso: l'inadeguatezza della normativa*, en *Studi in Memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Bari: Cacucci, 2015, p. 593. Ascende únicamente a 30.850 unidades la cuota máxima de trabajadores subordinados, estacionales y no estacionales, así como de trabajadores autónomos, que puede entrar en nuestro país, según el decreto de flujos de 2018, publicado en el *Boletín Oficial* de 16 enero 2018, *Residenti e irregolari (...)*, cit.

⁷⁹ Basada en los datos del Decreto de la Presidencia del Consejo de Ministros de 30 noviembre 2010. Las demandas presentadas de contratación de trabajadores y trabajadoras extra UE eran igual a 430.258. Sin embargo, solamente 48.978 derivaban de contratos de estancia suscritos y de solicitudes de permiso de estancia. Calafà, 2012, *op. cit.*, p. 161.

⁸⁰ En la práctica, en efecto, sucede que los denominados decretos de flujos se utilizan para contratar trabajadores ya presentes en territorio italiano de manera irregular, de forma que los empleadores presentan la solicitud de permiso de estancia como si los ciudadanos extra UE se encontrasen en su país de origen (procedimiento comúnmente llamado de «regularización impropia»)⁸⁰.

⁸¹ Los procedimientos de emersión del trabajo sumergidos se leen desde siempre por la doctrina socio-económica como un claro índice de total ineficacia de las políticas nacionales en materia de inmigración. Calafà, *op. cit.*, 2012, p. 186. Para profundizar en la secuencia diacrónica de los diversos procedimientos de emersión que se han sucedido en los años, y en las razones de oportunidad política detrás de tales opciones, cfr. Calafà, *ibidem*, pp. 186-194.

demanda y la oferta puedan encontrarse más realísticamente, en línea con las exigencias reales de la economía.

Parece conjeturable, pues, que las intervenciones de *policy* se coloquen en una lógica de sistema, buscando salirse de la mera aproximación sancionadora, caminando para prevenir el fenómeno directamente, en el complejo sistema productivo que sirve de sustrato a fenómenos de explotación laboral e ilegalidad. Por ejemplo, como se ha sugerido por algunos autores⁸², podría buscarse combinar mecanismos sancionadores con mecanismos premiales incentivantes, que estimulen a las empresas a colocarse en la legalidad, respetando los derechos de los trabajadores. De este modo, la conducta lícita se convierte en conveniente, y el efecto distorsionante de la competencia se desequilibra⁸³.

También la perspectiva de la CSR (*Corporate Social Responsibility*) puede valorizarse en el ámbito de la lucha «transversal» contra la explotación del trabajo irregular de los migrantes, responsabilizando así al consumidor de un consumo crítico y sostenible, que premie las cadenas productivas sostenibles y éticamente orientadas⁸⁴. Y es oportuno, en tal sentido, que la legalidad de las cadenas se garantice por un sistema de *labelling* objetivo y hetero-controlado, para garantizar así la máxima transparencia de información al consumidor final⁸⁵.

En fin, se revela esencial convertir en efectiva la protección de los derechos sociales de los migrantes irregulares, proporcionándoles un apoyo constante, señaladamente por medio de una mejor coordinación entre los diversos actores implicados, saliéndose así de la mera lógica represiva y de emergencia, propia de las recientes políticas en materia de inmigración.

BIBLIOGRAFIA

⁸² Pinto, V., *Indici di congruità e contrasto al lavoro irregolare in agricoltura*, en *Rivista di diritto agrario*, 3, 2014, p. 360; De Martino, Lozito, Schiuma, *op. cit.*, pp. 320 ss.

⁸³ En esta óptica, se mueven las normativas regionales que subordinan el acceso a la concesión por parte de las regiones al respeto de los denominados índices de conveniencia, entre los cuales destaca, por ejemplo, la Ley regional de Puglia núm. 28 de 2006, desarrollada por Decisión de la Junta Regional núm. 2506, nunca aplicada por causa de la oposición de las asociaciones patronales. Cfr. Pinto, *op. cit.*, p. 360; De Martino, Lozito, Schiuma, *op. cit.*, p. 320.

⁸⁴ Particularmente útil en el sector agrícola, donde «no se está frente a un comportamiento afectante a un número restringido de empleadores que pueda ser eficazmente contrarrestado, en el plano individual, con el dispositivo tradicional control/sanción», sino ante «un comportamiento masivo y un factor estructural de los actuales asentamientos productivos». Pinto, V., *Gli interventi legislativi regionali di contrasto al lavoro nero e di sostegno all'emersione*, en *Rivista Giuridica Lavoro e della Previdenza Sociale*, I, 2012, p. 304.

⁸⁵ De Martino, Lozito, Schiuma, *op. cit.*, p. 324.

- Bonetti, P., *La parità di trattamento tra stranieri e cittadini sul collocamento obbligatorio degli invalidi: quando la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. Cost.* 1998.
- Calafà, L., *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Il Mulino, Bologna, 2012.
- Calafà, L., *Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso italiano*, *Lavoro e diritto*, 1, 2017.
- Carli, A., Gagliardi A., *Residenti e irregolari: ecco la mappa dei migranti in Italia. Un detenuto su tre è straniero*, estratto da *Il Sole 24 ore*, ed. on line del 5 febbraio 2018, <<http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2018-02-05/migranti-54-milioni-residenti-e-500mila-irregolari-detenuto-tre-e-straniero-150359.shtml?uuid=AEQYWfuD>>.
- Chiaromonte, W., *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, Giappichelli, Torino, 2013.
- Curigliano, V., Brinis, V., *Asilo, accoglienza, immigrazione a che punto è l'Italia, I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 1, 2016.
- Daugareilh, I., *La pénalisation du travail irrégulier en droit européen*, in Dubin L. *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union Européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- De Martino, C., Lozito, M., Schiuma, D., *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, in *Lavoro e Diritto*, 2, 2016.
- De Mozzi, B., «*L'impiego irregolare di lavoratori extracomunitari*», in Marina Brolo, Carlo Cester, Luigi Menghini (a cura di), «*Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*», Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 2016.
- De Rubeis, A., *Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2017.
- Di Martino, A., *Caporalato e repressione penale: appunti su una correlazione troppo scontata*, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2, 2015.
- Ferrero, M., Guariso, A., *Dal diritto penale speciale alla tutela civile contro le discriminazioni razziali*, in Ferrero, M., Perrocco, F. (a cargo de) *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, FrancoAngeli, Roma, 2011.

- Flai-CGIL, Fondazione Placido Rizzotto Rapporto «*Agromafie e caporalato*», 2016, <http://www.flai.it/osservatoriopr/>.
- Fundación Ismu, *Ventitreesimo Rapporto sulle migrazioni 2017*, FrancoAngeli, Milano, 2017.
- Fundación Leone Moressa, «Il tesoro sommerso dell’immigrazione», 20 ottobre 2016, <http://www.fondazioneleonemoressa.org/2016/10/20/il-tesoro-sommerso-dellimmigrazione/>.
- Lenius, *Il sistema di accoglienza dei migranti in Italia, spiegato per bene*, <https://www.lenius.it/sistema-di-accoglienza-dei-migranti-in-italia/>.
- McBritton, M., *Prestazione di fatto e lavoro immigrato*, en *Rivista Giuridica del lavoro e della Previdenza Sociale*, 3, 2010.
- McBritton, M., *Lavoro degli immigrati e lavoro sommerso: l’inadeguatezza della normativa*, en *Studi in Memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Bari: Cacucci, 2015.
- McBritton, M., *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Cacucci, Bari, 2017.
- Montanari, A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, Cedam, Padova, 2010.
- OIT, *Il lavoro forzato e la tratta di esseri umani. Manuale per gli Ispettori del Lavoro*, Dipartimento per le Pari Opportunità, Roma 2010.
- Paggi, M., *La tutela degli immigrati irregolari vittime di grave sfruttamento in ambito lavorativo: un percorso ad ostacoli per l’effettivo recepimento della direttiva 52/2009*, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4, 2012.
- Penasa, S., *L’accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, en *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017.
- Pinto, V., *Gli interventi legislativi regionali di contrasto al lavoro nero e di sostegno all’emersione*, en *Rivista Giuridica Lavoro e della Previdenza Sociale*, I, 2012.
- Pinto, V., *Indici di congruità e contrasto al lavoro irregolare in agricoltura*, en *Rivista di diritto agrario*, 3, 2014.
- Polchi, V., «*Gli immigrati che lavorano senza tutele: un “tesoro sommerso” da 12,7 miliardi*», extraído de Reppublica.It <http://www.repubblica.it/economia/2016/10/21/news/il_tesoro_nero_degli_immig

[rati senza tutele vale 12,7 miliardi-150170139/?ref=HREC1-18>](#), 26 ottobre 2016.

— Pugliese, E., *Indagine sul lavoro nero*, CNEL, 2010.

— Russo, M., *Qualche riflessione sul lavoro irregolare*, WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona». IT-339/2017.

— Sagnet, Y., Palmisano, L., *Ghetto Italia. I braccianti stranieri tra caporalato e sfruttamento*, 2015, Roma, Fandango.

— Sciarra, S., *Migranti' e 'persone' al centro di alcune pronunce della Corte Costituzionale sull'accesso a prestazioni sociali, '60 anni dopo i Trattati di Roma. I diritti ed i valori fondamentali nel dialogo tra la Corte di Giustizia e le Corti supreme italiane'*, ponencia presentada en el Consejo de Estado, 26 mayo 2017.

— Vettor, T., *Lavoro e immigrazione irregolare nel d.lgs. n. 109 del 2012*, en *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2012.

— Vettor, T., *Cittadini extra UE, Accesso al lavoro, impiego irregolare e principio paritario, (commento alla normativa - D. Lgs. 25-07-1998, n. 286), Argomenti Dir. Lav.*, 2014.

EL RÉGIMEN PROCESAL DE LA PROTECCIÓN POR ACCIDENTES DE TRABAJO EN PORTUGAL

[*THE PROCEDURAL LEGAL REGIME OF THE PROTECTION OF ACCIDENTS AT WORK IN PORTUGAL*]

Mário Silveiro de Barros

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2018

Fecha de aceptación: 11 de octubre de 2018

Sumario: I. LAS FUENTES NORMATIVAS ORGÁNICAS Y PROCESALES.- II. LA PARTE PROCESAL PASIVA Y SU REPRESENTACIÓN.- III. LA PARTE PROCESAL ACTIVA Y SU REPRESENTACIÓN.

Contents: I. THE ORGANIC AND PROCEDURAL REGULATORY SOURCES.- II. THE PASSIVE PROCEDURAL PARTY AND ITS REPRESENTATION.- III. THE ACTIVE PROCEDURAL PARTY AND ITS REPRESENTATION.

Resumen: El régimen jurídico procesal de los accidentes de trabajo en Portugal presenta varias singularidades comparativas en la protección de dicho riesgo social. La primera singularidad aparece en las normas procesales reguladoras de la reparación de los accidentes de trabajo que, frente a la regla general de que el contencioso de la seguridad social es contencioso administrativo, establecen que la regulación procesal de los accidentes de trabajo se decidirá por los tribunales de trabajo, sobre la base de un proceso laboral especial, estructurado en dos fases, una conciliatoria y otra judicial. Por otro lado, al contrario de España, la parte procesal pasiva en Portugal será, como regla, una aseguradora privada representada por abogado, y no el Instituto de Seguridad Social. Tal situación se debe al hecho de que Portugal mantiene un régimen sustantivo de protección de accidentes de trabajo basado en un seguro de accidentes de trabajo, por el cual el empleador transfiere su responsabilidad civil objetiva a una aseguradora. También a diferencia de España, la parte procesal activa en el contencioso de accidentes de trabajo no es el beneficiario de seguridad social, sino un trabajador por cuenta ajena o sus familiares, que estarán representados por el Ministerio Público, o por un abogado que los represente, manteniéndose la intervención accesoria del Ministerio Público.

Abstract: The procedural legal regime of accidents at work in Portugal presents several comparative singularities regarding the protection of such social risk. The first singularity is present in the procedural rules which regulate the repairing of accidents at work and,

contrary to the general rule that states that the litigation on social security is an administrative litigation, those rules state that the procedural regulation of accidents at work will be decided by the Labor Courts of Law, under a special labor procedure, which is structured in two phases: conciliatory and judicial. On the other hand, unlike Spain, in Portugal, the passive procedural party is, as a rule, a private insurance company represented by an Attorney, and not the Social Security Institute. This is due to the fact that Portugal keeps a substantive regime of protection of accidents at work based on a insurance policy of accidents at work by which the employer transfers its objective civil liability to the insurance company. Also unlike Spain, the active procedural party in the litigation on accidents at work is not the beneficiary of Social Security, but an employee, or his family members, who shall be represented by the Public Prosecutor's Office, or in case of contracting an Attorney to represent them, the Public Prosecutor will keep an accessory intervention.

Palabras clave: Accidente de trabajo, Derecho comparado, Ministerio Público, Portugal, Seguro de accidentes de trabajo

Keywords: *Accident at work, Comparative law, Public Prosecutor's Office, Portugal, Accidents at work insurance*

* * *

I. LAS FUENTES NORMATIVAS ORGÁNICAS Y PROCESALES

1. A diferencia de lo que sucede en España, donde el contencioso de seguridad social es contencioso laboral, en Portugal, como regla general, el contencioso de seguridad social es contencioso-administrativo. Esto mismo lo establece la Ley núm. 4/2007, de 16 enero, que aprobó las Bases Generales del Sistema de Seguridad Social¹ —Ley que podemos equiparar, de algún modo, a la Ley General española de Seguridad Social de 2015—, que establece en su artículo 77, bajo el rótulo «Garantías contenciosas», que «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 de Proceso de los Tribunales Administrativos». El Código de Proceso de los Tribunales Administrativos² es la norma procesal que regula el contencioso en los Tribunales Administrativos en primera instancia, pero también los recursos ante los Tribunales superiores de la organización jurisdiccional administrativa. Estos Tribunales Administrativos, desde el punto de vista orgánico, se encuentran regulados en la Ley núm. 13/2002, de 19 febrero, que aprobó el «Estatuto de los Tribunales Administrativos y Fiscales», estableciendo dicha norma que los mismos se estructuran en tres niveles: 1) los Tribunales Administrativos de Círculo, que son los de primera instancia; 2) los Tribunales Centrales Administrativos, que son los Tribunales que conocen los recursos ordinarios frente a las decisiones de los Tribunales Administrativos de Círculo; y 3) el Supremo Tribunal Administrativo, teniendo la jurisdicción administrativa, según el artículo 4 de la citada Ley núm. 13/2002, competencia para el «conocimiento de litigios que tengan por objeto cuestiones relativas», entre otras, a la «tutela de derechos fundamentales y otros derechos e intereses legalmente protegidos, en el ámbito de las relaciones jurídicas administrativas y fiscales». Pero si la regla general es que el contencioso de seguridad social sea contencioso-administrativo, Portugal presenta una peculiaridad en materia del régimen de protección de accidentes de trabajo, pues el régimen de protección derivado de riesgos profesionales forma parte del Derecho del Trabajo, y el contencioso por accidentes de trabajo es contencioso laboral³. Esta afirmación se

¹ Respecto de esta Ley, con anotaciones véase A.J.B. CONCEIÇÃO, *Legislação da Segurança Social*, 6ª ed., Coimbra (Almedina, 2017), págs. 37 y ss.; A.J.B. CONCEIÇÃO, *Segurança Social*, 9ª ed., Coimbra (Almedina, 2014), págs. 53 y ss. y 273 y ss.

² Código de Proceso en los Tribunales Administrativos, aprobado por la Ley núm. 15/2002, de 22 febrero, que puede consultarse, como toda la legislación portuguesa, en el sitio de Internet www.dre.pt.

³ Sobre el tema de accidentes de trabajo, en la doctrina laboralista portuguesa, véase P. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 8ª ed., Almedina (Coimbra, 2017), págs. 839 y ss.; el mismo, *Código do Trabalho Anotado*, 9ª ed., Almedina (Coimbra, 2013), págs. 620 y ss.; J. GOMES, *Acidente de Trabalho. O acidente in itinere e a sua descaracterização*, Coimbra Editora (Coimbra, 2013); R. PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II, 6ª ed., Almedina (Coimbra, 2016), págs. 709 y ss.; L. MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 5ª ed., Almedina (Coimbra, 2016), págs. 401 y ss.

desprende desde luego del hecho de que el régimen jurídico de los riesgos profesionales, en la expresión legal «prevención y reparación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», se encuentre regulado en el Capítulo IV del Código del Trabajo, aprobado por la Ley núm. 7/2009, de 12 febrero, que regula genéricamente la protección de tales riesgos, remitiendo su reglamentación a legislación específica. Esta reglamentación específica, o sustantiva, de los riesgos profesionales fue realizada por la Ley núm. 98/2009, de 4 septiembre, que «reglamenta el régimen de reparación de accidentes y de enfermedades profesionales», estructurado sobre el régimen de responsabilidad objetiva del empresario. Siendo una materia sustantivamente laboral, necesariamente el contencioso de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales no es contencioso-administrativo —como sucede como regla, en Portugal, en materias de seguridad social—, sino contencioso laboral. Ello mismo se desprende del artículo 126 de la Ley núm. 62/2013, de 26 agosto, que aprueba la «Organización del sistema judicial», según el cual «competen a los Juzgados de Trabajo conocer, en materia civil ..., de las cuestiones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», encontrándose estos Tribunales, dentro de la organización de los Tribunales judiciales, estructurados en tres niveles: 1) los Juzgados de Trabajo, que forman parte de los Tribunales judiciales de primera instancia; 2) las Audiencias Territoriales, que funcionan como tribunales de recurso frente a las decisiones de los tribunales de primera instancia; y 3) el Supremo Tribunal de Justicia, que será el órgano jurisdiccional máximo en materia de recursos contra las decisiones judiciales en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

2. En Portugal, a diferencia de lo que sucede en España⁴ —donde los procesos contenciosos de accidentes de trabajo son procesos especiales de seguridad social, regulados en los artículos 140 y ss. de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social—, la regulación procesal del contencioso de accidentes de trabajo, que será decidido siempre, recuérdese, por los Juzgados de Trabajo, se realiza por el Código del Proceso de Trabajo, aprobado por el Decreto-ley núm. 480/1999, de 9 noviembre, que en el Capítulo II de su Título VI, regula el proceso especial denominado «procesos derivados de accidente de trabajo y de enfermedad profesional»⁵. Con razón, el legislador denomina tal proceso especial en plural, pues se trata de cuatro formas de procesos especiales que regulan la tramitación procesal para hacer efectivos los derechos consignados en la Ley núm. 98/2009, que contiene el régimen sustantivo de la reparación de accidentes y enfermedades profesionales, siendo tales procesos: 1) el «proceso para dar efectividad a los

⁴ Sobre el régimen sustantivo de los accidentes de trabajo en la doctrina española, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VAZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017), págs. 95 y ss.

⁵ Cfr. artículos 99 a 155 del Código de Proceso del Trabajo. Llamando la atención sobre el hecho de que el contencioso de accidentes de trabajo representa más de la mitad del contencioso laboral, véase P. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 8ª ed., cit., pág. 839.

derechos derivados de accidente de trabajo»⁶, que constituye el proceso especial para dar efectividad a los derechos consignados en la Ley sobre reparación de los accidentes de trabajo⁷; 2) el «proceso para la declaración de extinción de derechos derivados de accidentes de trabajo»⁸, que regula de forma sumaria la acción para la declaración de prescripción, suspensión de derecho a pensiones y para la declaración de pérdida del derecho a indemnizaciones, así como para la declaración de la caducidad del derecho a pensión, por razón de edad, muerte, segundas nupcias o unión de hecho; 3) el «proceso para dar efectividad a los derechos de terceros conexos con accidentes de trabajo»⁹, que regula el proceso para dar efectividad a derechos conexos al accidente de trabajo sufrido por otro; y 4) el «proceso para dar efectividad a los derechos derivados de enfermedad profesional»¹⁰, que, por remisión al proceso especial para dar efectividad a los derechos derivados de accidentes de trabajo, regula el régimen procesal en los casos de falta de acuerdo con la decisión sobre enfermedades profesionales. El «proceso para dar efectividad a los derechos derivados de accidente de trabajo», que como dijimos constituye el proceso regulador por excelencia para dar efectividad a los derechos derivados del accidente de trabajo, es un proceso eminentemente procesal civil, regulado por las normas procesales del Código del Proceso de Trabajo, y subsidiariamente por la legislación procesal común civil¹¹, que pretende hacer efectiva la protección de la contingencia de seguridad social que es el accidente de trabajo, teniendo por objeto determinar la responsabilidad objetiva del empresario por la reparación y demás cargas derivadas del accidente de trabajo, así como por el mantenimiento en el puesto de trabajo, en relación con el trabajador a su servicio. Considerando la importancia social y relevancia de los asuntos discutidos en estos procesos de accidentes de trabajo, el legislador consideró que los mismos tienen naturaleza urgente, y que se impulsan de oficio¹²,

⁶ Cfr. sección I del Capítulo II del Código de Proceso del Trabajo, que comprende los artículos 99 a 150.

⁷ Sobre el régimen procesal de los accidentes de trabajo, véase P. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 8ª ed., cit., págs. 1312 y ss. y 1320 y ss.; P. SOUSA PINHEIRO, *Curso breve de direito processual do trabalho*, 2ª ed., Coimbra Editora (Coimbra, 2014), págs. 177 y ss.; en relación con la anterior legislación de accidentes de trabajo, C. ALEGRE, *Acidentes de Trabalho*, Almedina (Coimbra, 1995).

⁸ Cfr. sección II del Capítulo II del Código de Proceso del Trabajo, que comprende los artículos 151 a 153.

⁹ Cfr. sección III del Capítulo II del Código de Proceso del Trabajo, que sólo comprende un artículo, esto es, el artículo 154.

¹⁰ Cfr. sección IV del Capítulo II del Código de Proceso del Trabajo, que comprende también sólo un artículo, esto es, el artículo 155.

¹¹ En este sentido, con previsión expresa en la ley, véase artículo 1, núm. 2, letra a), del Código de Proceso del Trabajo.

¹² Cfr. artículo 26, núm. 1, letra e), y núm. 3, del Código de Proceso del Trabajo. Sobre la naturaleza urgente del proceso, véanse las Sentencias del Supremo Tribunal de Justicia de 1 marzo 2007 (Ponente Maria Laura Leonardo, proceso núm. 06S3783), de 9 enero 2008 (Ponente Bravo Serra, proceso núm. 07S4222), de 25 octubre 2018 (Ponente Júlio Gomes, proceso núm. 492/07.7TTCSC-AL1.S1), y sobre su naturaleza no oficial, véase Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 31 octubre 2018 (Ponente António Leões Dantas, proceso núm. 359/15.5T8STR.L1.S1), que expresamente decide que «la reparación de las consecuencias de los accidentes de trabajo es un

esto es, son procesos cuyos plazos procesales no se suspenden durante las fiestas judiciales, y cuya tramitación e impulso no dependen de la iniciativa de las partes.

3. Frente a la generalidad de procesos contenciosos de seguridad social en España que exigen el agotamiento de la vía administrativa previa¹³, por causa de la singularidad del régimen de seguridad social portugués, que establece que el régimen sustantivo de accidentes de trabajo está cimentado en el régimen de responsabilidad civil objetiva del empresario, que transfiere obligatoriamente dicha responsabilidad a una aseguradora privada, en el contencioso de accidentes de trabajo no tenemos una fase administrativa previa al contencioso judicial que transcurra en el Instituto de Seguridad Social, I.P. Justamente al contrario, el proceso contencioso para dar efectividad a los derechos derivados de accidente de trabajo está estructurado en dos fases, una denominada «fase conciliatoria», dirigida por el Ministerio Público, regulada en los artículos 99 a 116 del Código de Proceso del Trabajo¹⁴, y una segunda fase denominada «fase contenciosa» dirigida por un Juez, regulada en los 117 a 150 del mismo Código. El proceso se inicia en la citada fase conciliatoria, sobre la base de la comunicación del accidente¹⁵, estableciéndose la obligación del siniestrado o los beneficiarios legales, en caso de muerte, de comunicar el accidente de trabajo, verbalmente o por escrito, al empresario, salvo que éste hubiese presenciado o hubiese tenido conocimiento de él, en el mismo período. A partir de este conocimiento del accidente, el empresario o su aseguradora deben comunicar al tribunal competente, por escrito, la existencia del accidente¹⁶. La comunicación directa al tribunal que puede dar inicio a la fase conciliatoria puede ser enviada, además, por el director del establecimiento hospitalario, asistencial o penal, que comunica al tribunal el fallecimiento, como consecuencia de accidente del trabajador allí internado, pero también, con carácter facultativo, por el siniestrado, por el familiar de éste, por cualquier entidad con derecho a recibir prestaciones, por la autoridad policial o la administrativa que haya tenido conocimiento del accidente¹⁷. La fase conciliatoria, dirigida por el Ministerio Público, tiene esencialmente tres objetivos. En primer lugar, solicitar la realización de autopsias o pericias médico-legales y forenses, respectivamente, al trabajador fallecido o siniestrado, para aquilatar a través de un perito médico o

imperativo de orden público inherente al estado de derecho social», todas disponibles en www.dgsi.pt.

¹³ En este sentido, con carácter genérico sobre el agotamiento de la vía administrativa previa a la vía judicial, véase el artículo 69 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y específicamente sobre las demandas en materia de prestaciones sociales, el artículo 140 de la misma Ley.

¹⁴ Calificando esta fase procesal «conciliatoria» como un «proceso sui generis», defendiendo que esta fase no se enmarca verdaderamente en el proceso judicial, véase P. ROMANO MARTÍNEZ, *Direito del Trabalho*, 8ª ed., cit., pág. 1313.

¹⁵ La comunicación del accidente está prevista en el régimen sustantivo de los accidentes de trabajo, señaladamente en los artículos 86 a 92 de la antes citada Ley núm. 98/2009.

¹⁶ Artículo 99, núm. 2, del Código de Proceso del Trabajo.

¹⁷ Sobre las previsiones de comunicación obligatoria y comunicación facultativa al tribunal, véanse los artículos 91 y 92 de la Ley núm. 98/2009.

equipo forense nombrado por el tribunal, entre otras, la naturaleza de las lesiones sufridas, la fecha de curación o consolidación, las secuelas y las incapacidades correspondientes. Un segundo objetivo de esta fase conciliatoria se concreta en la realización del intento de conciliación, dirigido por el Ministerio Público, en el cual deben participar el siniestrado o sus beneficiarios, la entidad empleadora o la aseguradora, e incluso otras personas cuya presencia resulte necesaria frente a las declaraciones prestadas por los presentes. En este intento de conciliación, «el Ministerio Público promueve el acuerdo de armonía con los derechos consignados en la Ley, tomando como base los elementos suministrados por el proceso, señaladamente, el resultado de la pericia médica y las circunstancias que puedan influir en la capacidad general de ganancia del siniestrado»¹⁸, acuerdo éste que se someterá al Juez para su homologación, que procederá si se prueba la conformidad de dicho acuerdo con los elementos suministrados por el proceso y con las normas legales¹⁹. No siendo posible el acuerdo, constarán obligatoriamente cuáles son los hechos sobre los que haya habido acuerdo, mencionándose expresamente si hubo o no acuerdo acerca de la existencia y la caracterización del accidente, del nexo causal entre la lesión y el accidente, de la retribución del siniestrado, de la entidad responsable y de la naturaleza y grado de la incapacidad atribuida²⁰. Como tercer objetivo de esta fase conciliatoria del proceso especial de accidentes de trabajo, podemos indicar que esta fase se orienta incluso a permitir al Ministerio Público, si no se concluye dicho acuerdo, a recoger los elementos necesarios para la elaboración y presentación de la petición inicial, en la fase contenciosa, resultando que la Ley establece que todos los interesados presentes en dicho intento de conciliación que se nieguen a tomar posición sobre cada uno de los hechos, estando obligado a hacerlo, será al final condenado como litigante de mala fe²¹. La segunda fase del proceso especial de accidentes de trabajo —la «fase contenciosa»—, que podemos considerar una fase facultativa, en caso de falta de acuerdo de las partes, podrá desdoblarse en dos tipos de procesos. El denominado proceso principal, en el que se deciden todas las cuestiones y, en caso de que el desacuerdo entre las partes

¹⁸ Artículo 109 del Código de Proceso del Trabajo.

¹⁹ Cfr. artículos 114 y 115 del Código de Proceso del Trabajo, permitiéndose que el Juez recuse la homologación si el acuerdo no fuese conforme con los derechos conferidos al beneficiario por las normas legales, reglamentarias o convencionales. Recuérdese que los derechos del trabajador siniestrado, en materia de accidentes de trabajo, son derechos indisponibles o, en la expresión del artículo 78 de la Ley núm. 98/2009, son «no empeorables e irrenunciables», por lo que la homologación del acuerdo por el Juez depende de un análisis de la respectiva legalidad.

²⁰ Véase artículo 112 del Código de Proceso del Trabajo, sobre el contenido del auto de intento de conciliación, en caso de falta de acuerdo. Sobre la relevancia de las declaraciones de las partes, en la fase de la conciliación, muchas veces con soluciones jurisprudenciales no constantes, véanse Sentencias del Supremo Tribunal de Justicia de 14 diciembre 2006 (Ponente Vasques Dinis, proceso núm. 06S789), de 9 enero 2008 (Ponente Bravo Serra, proceso n° 07S2893), de 27 febrero 2008 (Ponente Bravo Serra, proceso núm. 07S4385), de 12 enero 2012 (Ponente Pinto Hespagnol, proceso núm. 57/08.6TTBCL.P1S1).

²¹ Sobre esta obligación del trabajador, aseguradora y, eventualmente, la entidad empleadora, de tomar posición sobre el accidente de trabajo, nexo causal, retribución, determinación de la entidad responsable y naturaleza y grado de incapacidad atribuida, véase artículo 112, núm. 2, del Código de Proceso del Trabajo.

se centre exclusivamente en la fijación de la incapacidad para el trabajo del siniestrado, el proceso o incidente para la referida fijación de la incapacidad, previéndose someter al siniestrado a una junta médica constituida por tres peritos, la cual está presidida por el Juez.

II. LA PARTE PROCESAL PASIVA Y SU REPRESENTACIÓN

4. En Portugal, el régimen sustantivo de protección de la contingencia de accidentes de trabajo está regulado sobre la base de la responsabilidad civil objetiva del empresario, estableciéndose, como regla general, que «el trabajador o sus familiares tienen derecho a la reparación de los daños derivados del accidente de trabajo o enfermedad profesional», y que el «empresario está obligado a transmitir la responsabilidad por la reparación» de dichos daños derivados del accidente de trabajo «a entidades legalmente autorizadas para llevar a cabo este seguro»²². De esta forma, a diferencia de lo que sucede en España, donde el aseguramiento privado de la contingencia de accidentes de trabajo sólo fue permitido hasta 1967²³, en Portugal sigue vigente aún un régimen de seguro privado obligatorio de responsabilidad para la reparación de accidentes de trabajo²⁴. En efecto, según opinión expresada por el Supremo Tribunal de Justicia, «el fundamento del sistema reparador de los accidentes de trabajo no debe encontrarse en la responsabilidad civil, sino en la tutela de la seguridad económica del trabajador, resultando que para garantizar que el mismo obtenga una reparación del daño sufrido, la entidad empleadora está obligada a transmitir la responsabilidad en cuestión a una aseguradora en función del devengo total del trabajador»²⁵. Teniendo en cuenta los intereses sociales discutidos en materia de accidentes de trabajo, y para evitar un régimen de protección y garantía distinto y diferenciado de tal contingencia, se instituye un sistema de unidad de seguro, por el que se crea una «póliza uniforme de seguro de accidentes de trabajo adecuada para las diferentes profesiones y actividades ... aprobada por Orden Ministerial conjunta

²² Artículo 283, núms. 1 y 5, del Código de Trabajo. Sobre el seguro de accidentes de trabajo, en la doctrina portuguesa, véase, con relevancia histórica, J.M. BARBOSA DE MAGALHÃES, *Seguro contra accidentes de Trabalho – da responsabilidade civil pelos acidentes de trabalho e da sua efetivação pelo seguro*, (Lisboa, 1913); y más recientemente, F. ALMEIDA PIRES, *Seguro de Acidentes de Trabalho*, Lex Editora (Lisboa, 1999); y P. ROMANO MARTINEZ, *Direito del Trabalho*, 8ª ed., cit., págs. 891 y ss.

²³ Con la promulgación de la primera Ley General española de la Seguridad Social, se impuso la norma de que «en ningún caso la Seguridad Social podrá servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil». Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., cit., pág. 39.

²⁴ En las situaciones de actuación culposa del empleador, la aseguradora satisface las prestaciones que serían debidas si no hubiese actuación culposa, sin perjuicio del derecho de regreso contra el empleador que sea responsable por actuación culposa, en los términos previstos en los artículos 18 y 79, núm. 3, de la Ley núm. 98/2009.

²⁵ Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 27 noviembre 2014 (Ponente Teresa Albuquerque, proceso núm. 694/11.1YXLSB.L1-2).

de los Ministros responsables de las áreas de las finanzas y laboral, a propuesta del Instituto de Seguros de Portugal, oídas las asociaciones representativas de la empresas de seguros, y con informe previo del Consejo Económico y Social»²⁶, aprobada en armonía con los principios establecidos en la Ley del régimen de reparación de accidentes de trabajo. Dicha póliza uniforme, hoy en vigor, consta aprobada por la Orden Ministerial núm. 256/2011, de 11 julio, que establece la parte uniforme de las condiciones generales de la póliza de seguro obligatorio de accidentes de trabajo para trabajadores por cuenta ajena, así como las respectivas condiciones especiales uniformes. En virtud de la irrenunciabilidad de los derechos reparadores otorgados por la Ley citada, en materia de accidentes de trabajo, se establece que son nulas las cláusulas adicionales que sean introducidas por las aseguradoras, si contradicen los derechos y garantías establecidos en dicha póliza uniforme. De esta forma, en virtud de dicho régimen de transmisión de la responsabilidad del empresario, como regla general, la responsabilidad por la reparación de los daños derivados de accidentes de trabajo recaerá sobre compañías privadas de seguros, y no sobre la Seguridad Social.

5. Considerando que el sistema portugués de seguridad social de protección de accidentes de trabajo se basa, como vimos, en el principio de traspaso privado de la responsabilidad a una aseguradora, el demandado o reo en un proceso especial de accidentes de trabajo no es el Instituto de Seguridad Social, I.P., entidad pública administrativa equivalente al que en España denominan Instituto Nacional de Seguridad Social, sino a una compañía de seguros privada. Esto mismo se deriva de la Ley de accidentes de trabajo cuando establece que en el caso de que el empresario haya transferido la responsabilidad, debe comunicarlo a la aseguradora en el plazo de veinticuatro horas y ésta, a su vez, debe comunicar al tribunal competente, por escrito, el accidente de que haya resultado incapacidad permanente o la muerte, iniciándose con esta comunicación el proceso especial para dar efectividad a los derechos derivados de accidente de trabajo. En la fase conciliatoria, el Ministerio Público llamará al siniestrado o a sus beneficiarios legales, así como a la aseguradora, para intentar obtener el acuerdo de armonía con los derechos consignados en la Ley²⁷. La intervención de la aseguradora demandada es la regla, estableciendo la Ley que podrá ser llamada la entidad empleadora, si de acuerdo con los elementos que constan en la comunicación se concluye la necesidad de su participación²⁸, lo que, señaladamente, podrá ser la situación más corriente en los casos en que no existió una transmisión integral de la responsabilidad del empresario, pues en estos casos la Ley establece que «cuando la retribución declarada a efectos de la prima del seguro fuese inferior a la real, la aseguradora sólo es responsable en relación con dicha retribución, que no puede ser inferior al salario mínimo interprofesional mensual», estableciéndose que en este

²⁶ Artículo 81 de la Ley núm. 98/2009.

²⁷ Cfr. artículos 99, 108 y 109 del Código de Proceso del Trabajo.

²⁸ Cfr. artículo 108, núm. 1, del Código de Proceso de Trabajo.

caso, «el empresario responde por la diferencia relativa a las indemnizaciones por incapacidad temporal y pensiones debidas, así como por los gastos efectuados con la hospitalización y asistencia clínica, en la proporción respectiva»²⁹. Confirmando la corresponsabilidad o responsabilidad total del empresario, el Supremo Tribunal de Justicia fijó la jurisprudencia uniforme de que la omisión del trabajador en las listas de trabajadores enviadas a la aseguradora determina la no cobertura del mismo por el contrato de seguro³⁰, siendo la entidad empleadora la única responsable, y que, cuando la retribución declarada a efectos de la prima del seguro fuese inferior a la real, responderá la aseguradora por aquella retribución declarada y la entidad empleadora por la diferencia³¹.

6. Sobre la base de que en Portugal la posición pasiva en los procesos especiales para dar efectividad a los derechos derivados del accidente de trabajo se atribuye a compañías privadas de seguros, aseguradoras de seguros de accidentes de trabajo de la responsabilidad de entidades empleadoras, también a diferencia de lo que sucede en España, la representación de dichas aseguradoras en procesos de accidentes de trabajo no se efectúa por Letrados de la Administración de la Seguridad Social, cuerpo profesional que no existe en la organización de la seguridad social o de la jurisdicción social en Portugal³². En Portugal, la representación y defensa de las compañías de seguros demandadas en procesos de accidentes de trabajo se lleva a cabo por medio de los servicios profesionales de abogados, que tendrán que ser contratados por dichas compañías, al amparo de un contrato de mandato, en cuanto que modalidad del contrato de prestación de servicios, cuya regulación jurídica se encuentra prevista en el artículo 1157 del Código Civil portugués³³. Esta representación de la compañía de seguros por abogado es facultativa en la fase conciliatoria del proceso, teniendo presente que en esta fase pretende alcanzarse un acuerdo o conciliación, pudiendo representar a la aseguradora un procurador o representante legal. Sin embargo, en la fase contenciosa de los procesos de accidente de trabajo, la representación de la compañía de seguros por abogado para poder contestar este pleito, sí es imperativa, puesto que, como regla general en el proceso civil, aplicable a los procesos laborales, se establece que «es obligatoria la postulación de abogado ... en las

²⁹ Artículo 79, núms. 4 y 5, de la Ley núm. 98/2009.

³⁰ En este sentido, cfr. la Sentencia Uniformadora de jurisprudencia núm. 10/2001, de 21 noviembre 2001 (proceso núm. 3313/00), publicado en el *Diario de la República*, Iª Serie, de 27 diciembre 2001.

³¹ En este sentido, entre otros, véanse Sentencias del Supremo Tribunal de Justicia de 17 diciembre 2014 (Ponente Pinto Hespagnol, proceso núm. 1159/10.4TTMTS.C1.S1), de 27 noviembre 2014 (Ponente Teresa Albuquerque, proceso núm. 694/11.1YXLSB.L1.2), de 30 octubre 2002 (Ponente Mário Torres, proceso núm. 02S1906).

³² Sobre la inexistencia de tales Letrados de la Administración de la Seguridad Social, como representantes de la Administración de la Seguridad Social, en Portugal, véase M. 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. 146-148.

³³ Código Civil, aprobado por el Decreto-ley núm. 47344/66, de 25 noviembre.

causas en que sea siempre admisible recurso, independientemente de la cuantía»³⁴ de dicho proceso, cabiendo apuntar que el Código de Proceso del Trabajo establece de forma expresa que «es siempre admisible recurso ante la Audiencia Territorial ... en los procesos derivados de accidente de trabajo o de enfermedad profesional», por lo que en la fase contenciosa, la contestación y defensa de la compañía de seguros en un proceso para dar efectividad a los derechos derivados de accidente de trabajo tendrá que realizarse siempre, con la debida representación de un abogado.

III. LA PARTE PROCESAL ACTIVA Y SU REPRESENTACIÓN

7. Como se subrayó antes, constituye una peculiaridad del sistema de seguridad social portugués que no se considera, como regla general, la contingencia de accidentes de trabajo como un riesgo protegido por el sistema de seguridad social, de manera que el beneficiario del régimen de reparación de accidentes de trabajo no es un beneficiario de la seguridad social, como sucede en España, sino un trabajador (o en su caso, sus familiares). El propio régimen sustantivo regulador de la protección o reparación de accidentes de trabajo define como «beneficiarios» al «trabajador y sus familiares», concretando que el trabajador comprendido es «el trabajador por cuenta ajena de cualquier actividad, sea o no explotada con fines lucrativos»³⁵, que esté al servicio de un empresario. O sea, la identificación del siniestrado a efectos de la aplicación del régimen de accidentes de trabajo presupone la previa calificación de la existencia de una relación de trabajo subordinado o por cuenta ajena³⁶. Por otro lado, la concreción de quiénes son los familiares del siniestrado la realiza la propia Ley, a efectos de la identificación de los titulares del derecho a pensión por muerte, subsidio por muerte y subsidio por gastos de funeral³⁷, los cuales serán en abstracto —en posiciones y con titularidad de derechos distintos— el cónyuge o persona que viva en unión de hecho con el siniestrado, el ex-cónyuge que a la fecha de la muerte tenga derecho a alimentos, los hijos, incluso el nasciturus y los adoptados, los ascendientes, otros parientes sucesivos que en la fecha de muerte del siniestrado vivan con él compartiendo mesa y habitación, y, en ausencia de beneficiarios con derecho a pensión, cierta cuantía de la pensión por muerte revertirá al Fondo de Accidentes de Trabajo. Teniendo presente este régimen sustantivo, el régimen

³⁴ Artículo 40, núm. 1, letra b), del Código de Proceso Civil, aprobado por la Ley núm. 41/2013, de 26 junio.

³⁵ Artículos 2 y 3, núm. 1, de la Ley núm. 98/2009.

³⁶ Sobre la concreción del concepto de accidente de trabajo en la jurisprudencia portuguesa, entre otras muchas, véase Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 1 junio 2017 (Ponente Ferreira Pinto, proceso núm. 919/11.3TTCBR-A.C1.S1).

³⁷ En relación con la pensión por muerte, subsidio por muerte, subsidio por gastos de funeral, concretando la titularidad y porcentajes de tales prestaciones económicas en caso de muerte, véanse artículos 56 a 66 de la Ley núm. 98/2009.

procesal establece que el inicio del proceso, en la fase conciliatoria, se basa en la notificación del accidente que, como regla, se comunicará a la aseguradora privada. Esta compañía, cuando procede a efectuar la comunicación tendrá que hacer acompañar a la misma «toda la documentación clínica y nosológica disponible, la copia de la póliza y sus complementos en vigor, así como la declaración de remuneraciones del mes anterior al del accidente, y la nota calificadora de las incapacidades e internamientos, y la copia de los documentos probatorios de las indemnizaciones pagadas desde el accidente»³⁸, teniendo en cuenta que, en el caso de muerte del siniestrado, «el Ministerio Público, según las circunstancias, determina la realización de la autopsia o la unión a los autos del informe respectivo, y ordena las diligencias indispensables para la determinación de los beneficiarios legales de los siniestrados y la obtención de las pruebas de parentesco», para que en cuanto consten en el proceso las pruebas de las relaciones de parentesco de los beneficiarios, se proceda a la realización del intento de conciliación.

8. En materia de accidentes de trabajo, el sistema procesal portugués de reparación de accidentes de trabajo presenta otra singularidad comparativa, pues está legalmente previsto que el Ministerio Público —órgano que se corresponde con el Fiscal en la organización judicial española— intervenga en los procesos en defensa directa de los trabajadores siniestrados. En efecto, el artículo 7 del Código de Proceso de Trabajo prevé que «sin perjuicio del régimen de apoyo judicial, el Ministerio Público ejerce el patrocinio ... de los trabajadores y sus familiares». A su vez, el Estatuto del Ministerio Público, aprobado por la Ley núm. 47/86, de 15 octubre, establece en el artículo 3 que le compete «ejercer el patrocinio de oficio de los trabajadores y sus familias en la defensa de sus derechos de carácter social», como es el caso del patrocinio en los procesos de accidentes de trabajo³⁹. Esta representación del trabajador siniestrado y de los familiares del mismo resulta reforzada en el régimen legal del proceso especial de accidente de trabajo, tanto en la fase conciliatoria como en la fase contenciosa, teniendo este representante del beneficiario un papel preponderante en el proceso. Por un lado, en la fase conciliatoria, que recuérdese que es dirigida por el propio Ministerio Público, el mismo debe asegurarse, por los medios de investigación, de la veracidad de los elementos obrantes en el proceso sobre el accidente, pudiendo requerir a los servicios de inspección laboral, la realización de una investigación urgente y sumaria sobre las circunstancias en que ocurrió el accidente, teniendo a la vista la

³⁸ Artículo 99, núm. 2, del Código de Proceso del Trabajo.

³⁹ En relación con la representación del Ministerio Público en la jurisdicción contencioso-laboral, véase M. SILVEIRO DE BARROS, *Los honorarios de abogados en procesos de seguridad social. Un estudio comparado de los ordenamientos norteamericano, español y portugués*, cit., págs. 152-154; P. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, 8ª., cit., págs. 1311-1312; V. MELO, «O Estatuto del Ministério Público na jurisdição laboral», *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. VI, Coimbra Editora (Coimbra, 2012), págs. 49 y ss.

obtención de un acuerdo⁴⁰, y, no alcanzándose el acuerdo, aprovechará los elementos recogidos en esta fase para la futura elaboración de la petición inicial. Cabe subrayar que en el intento de conciliación, realizado en esta primera fase conciliatoria del proceso de accidentes de trabajo, no habiendo acuerdo entre siniestrado y entidad responsable, tendrá que quedar registrado en los autos de esa diligencia dirigida por el Ministerio Público, cuáles son los hechos sobre los que haya habido acuerdo, refiriéndose expresamente a «si hubo o no acuerdo acerca de la existencia y caracterización del accidente, del nexo causal entre la lesión y el accidente, de la retribución del siniestrado, de la entidad responsable y de la naturaleza y grado de la incapacidad atribuida»⁴¹. Por otro lado, en la segunda fase del proceso, o fase contenciosa, dirigida por el Juez, el Ministerio Público tiene todavía un papel preponderante de representante de beneficiario de las prestaciones debidas por accidentes de trabajo, teniendo en cuenta que dicha fase se inicia con la presentación de la petición inicial, en la que el siniestrado, enfermo o sus respectivos beneficiarios formulan la petición y exponen los fundamentos, estableciéndose que «el Ministerio Público ... asume el patrocinio del siniestrado o de los beneficiarios legales, presentando ... la petición inicial»⁴². Este papel preponderante del Ministerio Público se reconoce por el Supremo Tribunal de Justicia, al declarar que «estando el siniestrado o sus beneficiarios legales patrocinados por el Ministerio Público —y en tanto lo estuvieren—, no ha lugar a la excepción de caducidad, ni a la interrupción de la instancia»⁴³ en los procesos de accidentes de trabajo, o sea, no se producen tales hechos extintivos, por transcurso del plazo para proponer la acción o para promover la prosecución de la misma.

9. El beneficiario de prestaciones reparadoras de accidentes de trabajo podrá, con carácter alternativo, contratar un abogado que le represente en el proceso de accidentes de trabajo. En caso de contratar un abogado, que será necesariamente un graduado en Derecho matriculado en el Colegio de los Abogados Portugueses, la representación o patrocinio de oficio del Ministerio Público concluye, pero no de manera definitiva, pues si el trabajador o beneficiario contrata un mandatario judicial, cesa dicha «representación ... que se estuviese ejerciendo, sin perjuicio de la intervención accesoria del Ministerio Público»⁴⁴. O sea, con la intervención de un abogado en el proceso de accidentes de trabajo, pasará a competirle al Ministerio Público «como interviniente accesorio, velar por los intereses que le están confiados, ejerciendo los poderes que la ley procesal confiere a la parte accesoria y promoviendo lo que tuviese por conveniente para la defensa de los intereses de la parte asistida»⁴⁵, señaladamente, teniendo legitimidad

⁴⁰ Cfr. artículo 104 del Código de Proceso del Trabajo.

⁴¹ Artículo 112 del Código de Proceso del Trabajo.

⁴² Artículo 119, núm. 1, del Código de Proceso del Trabajo.

⁴³ Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 9 enero 2008 (Ponente Bravo Serra, proceso núm. 07S2893).

⁴⁴ Artículo 9 del Código de Proceso del Trabajo.

⁴⁵ Artículo 325 del Código de Proceso Civil, aprobado por la Lei núm. 41/2013, de 26 junio.

para alegar lo que entendiérase conveniente, o incluso recurrir cuando lo considere necesario para la defensa de los intereses de la parte asistida, o sea, del trabajador siniestrado o de sus familiares⁴⁶. Frente a lo que sucede en el sistema español de seguridad social, no intervienen en Portugal profesionales como los graduados sociales, que compiten profesionalmente en la jurisdicción social con los abogados, pues no sólo no existen tales profesionales en el sistema portugués⁴⁷, sino también porque en los procesos especiales de accidentes de trabajo, por tratarse de procesos especiales en que es siempre admisible el recurso ordinario ante los tribunales de segunda instancia, o Audiencias Territoriales⁴⁸, la legislación procesal civil subsidiariamente aplicable, establece que es obligatoria la intervención de abogado, por lo que los beneficiarios para demandar en contenciosos de accidentes de trabajo tendrán obligatoriamente que tener la representación del Ministerio Público o de un abogado, que en este último caso representará los intereses de los beneficiarios con una intervención accesoria del Ministerio Público, que tutelaré en el proceso los intereses del beneficiario de las prestaciones de accidentes de trabajo.

⁴⁶ Cfr. artículo 325, núms. 2 y 3, del Código de Processo Civil.

⁴⁷ Sobre la inexistencia de graduados sociales en la legislación portuguesa, véase M. SILVEIRO DE BARROS, *Los honorarios de abogados en procesos de seguridad social. Un estudio comparado de los ordenamientos norteamericano, español y portugués*, cit., págs. 144-151.

⁴⁸ Cfr. artículo 79, letra b), del Código de Proceso del Trabajo.

LA REFORMA DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LITUANIA: NUEVOS TIPOS DE CONTRATO DE TRABAJO*

[*LABOUR LAW REFORM IN LITHUANIA: NEW TYPES OF EMPLOYMENT CONTRACT*]

Evelina Žurauskaitė

Fecha de recepción: 4 de junio de 2018
Fecha de aceptación: 15 de junio de 2018

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS REFORMAS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LITUANIA.- III. TIPOS DE CONTRATOS DE TRABAJO EN EL CÓDIGO DE TRABAJO DE 2002.- IV. TIPOS DE CONTRATOS DE TRABAJO EN EL CÓDIGO DE TRABAJO DE 2016.- 1. «Trabajo a llamada» o contrato para cantidad indefinida de trabajo.- 2. Contrato de aprendizaje.- 3. Contrato para trabajo a proyecto.- 4. Contrato para compartir el lugar de trabajo.- «Compartir trabajador» o contrato para trabajar para más de un empresario.- 6. Trabajo para empresas de trabajo temporal.- 7. Contrato de duración determinada.- V. CONCLUSIONES.

Contents: I. INTRODUCTION.- II. LABOUR LAW REFORMS IN LITHUANIA.- III. TYPES OF EMPLOYMENT CONTRACTS IN THE LABOUR CODE 2002.- IV. TYPES OF EMPLOYMENT CONTRACTS IN THE LABOUR CODE 2016.- 1. 'Job on call' or Contract for undefined quantity of work.- 2. Contract of apprenticeship.- 3. Contract for project work.- 4. Contract for workplace sharing.- 5. 'Employee sharing' or Contract for work for more than one employeer.- 6. Temporary agency work.- 7. Fixed-term contract.- V. CONCLUSIONS.

Resumen: En el contexto de la evolución del Derecho del Trabajo en Lituania desde la restauración de la independencia en 1990, el artículo analiza la regulación de diferentes tipos de contratos de trabajo utilizados en el mercado de trabajo lituano, con particular énfasis en los cambios introducidos por la última reforma de la legislación laboral de 2016, que produjo la adopción del nuevo Código de Trabajo y, subsiguientemente, un incremento del uso de formas de empleo atípicas.

* Traducción al castellano, desde el inglés original («*Labour law reform in Lithuania: new types of employment contract*»), de Jesús Martínez Girón.

Abstract: *In the context of the labour law evolution in Lithuania since the restoration of the independence in 1990, the article analyses the regulation of different types of employment contracts used in Lithuanian labour market, with particular focus on the changes introduced by the latest labour law reform in 2016 which resulted in the adoption of new Labour Code and, subsequently, in the increased use of non-standard employment forms.*

Palabras clave: Código de Trabajo, Contratos de trabajo atípicos, Flexibilidad, Lituania, Reforma de la legislación laboral

Keywords: *Labour Code, Non-standard employment contracts, Flexibility, Lithuania, Labour law reform*

* * *

I. INTRODUCCIÓN¹

En 2018, el 16 de febrero, Lituania celebró el centenario de la restaurada República de Lituania. Durante estos últimos cien años, el país ha experimentado cambios políticos, económicos y sociales en más de una ocasión: la restauración de un Estado independiente tras la Primera Guerra Mundial, la ocupación soviética y la «construcción» del socialismo, la caída de la Unión Soviética y la restauración de la independencia, la integración en la Unión Europea y el preocupante incremento de flujos de migración hacia otros países de la Unión Europea. El cambio del ordenamiento político provocó simultáneamente cambios en el sistema jurídico, modificando no solamente las «reglas de juego» en la esfera pública, sino también influyendo, en mayor o menor grado, las relaciones privadas, incluidas también las relaciones laborales.

Desde que se produjo la restauración de la independencia en 1990, el Derecho del Trabajo en Lituania estuvo sometido a algunas pocas reformas legislativas importantes. Cada reforma aportó modernización y mejoras, dejando todavía espacio suficiente a una ulterior intervención legislativa. Probablemente, sin embargo, la revisión más innovadora de la regulación laboral existente se realizó por la última reforma del Derecho del Trabajo, en 2016.

El propósito de este artículo es ofrecer una visión general de los diferentes tipos de contratos de trabajo utilizados en el mercado de trabajo lituano, con particular énfasis en los cambios introducidos por la última reforma del Derecho del Trabajo, que se tradujo en la adopción de un nuevo Código de Trabajo. En primer lugar, se ofrecerá una breve historia de las reformas del Derecho del Trabajo en Lituania, seguida de una sucinta visión general del contrato de trabajo regulado por el anterior Código de Trabajo, y un análisis más detallado de los contratos de trabajo actualmente utilizados.

I. LAS REFORMAS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LITUANIA

En relación con la revisión de la regulación laboral, probablemente lo más problemático para el legislador lituano fue el tránsito de una economía planificada, caracterizada también por la distribución centralizada de la mano de obra y las relaciones laborales «estables» de por vida, a relaciones laborales liberalizadas entre partes independientes. Así, comenzando en 1990, el legislador

¹ La primera parte de este artículo está parcialmente basada en mi tesis doctoral sobre *Il lavoro alle dipendenze altrui negli ordinamenti delle Repubbliche Baltiche: dall'esperienza sovietica alla realtà comunitaria*, Università Ca' Foscari de Venecia, Italia (2010).

optó por modificar gradualmente el Derecho del Trabajo, primero adoptando leyes que regulaban separadamente diversos aspectos de las relaciones laborales, y luego, promulgando un único Código de Trabajo. Durante este período de transición, en que se pasó de un «viejo» a un «nuevo» sistema de relaciones laborales y a una «nueva» regulación laboral, la situación fue bastante confusa: las relaciones laborales se regulaban por numerosas leyes recientemente promulgadas², junto con el viejo Código de leyes laborales³, adoptado en 1972, que ya no resultaba adecuado, dada su fuerte inspiración ideológica en el régimen anterior, aparte el hecho de que poseía numerosos artículos derogados y aplicables sólo en la medida en que resultasen compatibles con la Constitución de la República de Lituania⁴ y las nuevas leyes laborales. Al mismo tiempo, el viejo Código de leyes laborales, de «estilo» soviético, era necesario para llenar los vacíos dejados por el legislador.

En 2002, el Parlamento lituano (*Seimas*) aprobó el Código de Trabajo⁵ (en adelante, también, LC 2002), que entró en vigor a comienzos de 2003. El Código de Trabajo de 2002 se elaboró en congruencia con la legislación de la UE y teniendo presentes las normas laborales internacionales (convenios y recomendaciones de la OIT, ratificados y no ratificados)⁶, y se convirtió en la principal fuente reguladora de las relaciones laborales en Lituania. Sin embargo, a pesar de una liberalización significativa de las relaciones laborales, la intención del legislador de auto-reservarse un papel «especial» en la esfera laboral, con una frecuente y muy notable interferencia en las relaciones laborales, que dejaba, en consecuencia, un menor espacio a la autonomía individual y/o colectiva, está claramente presente también en el Código de Trabajo de 2002⁷. La razón de dicha interferencia del Estado en las relaciones privadas individuales (o colectivas) puede explicarse por la finalidad de proteger al trabajador en cuanto que parte más débil, cuyos intereses no eran apoyados por sindicatos que tenían un papel político y social muy disminuido tras la caída del régimen soviético.

² P.ej., Darbo sutarties įstatymas (Ley sobre el contrato de trabajo), (V.Ž. 1991, Nr. 36-973); Atostogų įstatymas (Ley sobre vacaciones anuales), (V.Ž. 1992, Nr. 2-18); Darbo apmokėjimo įstatymas (Ley sobre salarios), (V.Ž. 1991, Nr. 4-104); Kolektyvinių susitarimų ir sutarčių įstatymas (Ley sobre convenios y acuerdos colectivos), (V.Ž. 1991, Nr. 12-312); Darbo ginčų nagrinėjimo įstatymas (Ley sobre solución de conflictos laborales), (V.Ž. 2000, Nr. 56-1640); Darbuotojų saugos ir sveikatos įstatymas (Ley de seguridad y salud laboral), (V.Ž. 1993, Nr. 55-1064), etc.

³ LTSR Darbo įstatymų kodeksas (Código lituano de Leyes laborales), (V.Ž. 1972, Nr. 18.137).

⁴ La Constitución de la República de Lituania fue adoptada por referéndum en 1992 (V.Ž. 1992, Nr. 33-1014).

⁵ Darbo kodeksas (Código de Trabajo), (V.Ž., 2002, Nr. 64-2569).

⁶ Socialinės apsaugos ir darbo Ministerija/Aiškinamasis raštas/IXP-1268/2001 12 10 (Nota explicativa al Proyecto de Código de Trabajo).

⁷ P.ej., el artículo 92.2 del LC 2002 obliga al empresario a concluir el contrato de trabajo usando un modelo de impreso aprobado por el Gobierno. A pesar del hecho de que este modelo de impreso es sólo un «ejemplo», se considera de hecho un modelo imperativo. O, por ejemplo, el artículo 52.2 del LC 2002 permite al Ministro de Trabajo y Seguridad Social extender, bajo ciertas condiciones, la aplicación de un convenio colectivo a un determinado territorio, sector, profesión o área de servicios.

Sólo poco después de una década, resultaba necesaria una nueva reforma laboral. Las razones para la nueva reforma en un espacio de tiempo tan breve eran múltiples: los cambios globales en el modo en que se organiza y se lleva a cabo la actividad económica en la actualidad, el hundimiento de las relaciones laborales típicas, las tendencias flexibilizadoras en la regulación laboral y la proliferación de nuevos tipos de trabajo, e indudablemente, la necesidad de llenar los vacíos dejados por la reforma laboral anterior. Así, el legislador lituano se decidió a modernizar nuestro Derecho del Trabajo, a través de una reforma amplia de la legislación laboral. Las discusiones empezaron ya a comienzos de 2014⁸. La reforma se orientaba a crear un modelo jurídico-administrativo de regulación laboral, que favoreciese el crecimiento del empleo, la mejora de las condiciones laborales y el estímulo de la inversión en el país. La reforma, denominada reforma del «modelo social», se orientaba a hacer más flexible el modelo lituano de mercado de trabajo, y a dotarlo al mismo tiempo de mayor seguridad, a través de un sistema de aseguramiento del desempleo y mejorando, en su caso, la negociación colectiva⁹.

El proyecto de nuevo Código de Trabajo (en adelante, el Proyecto) se presentó en 2015¹⁰. Provocó inmediatamente vivas discusiones entre los profesionales del Derecho, los académicos y la población trabajadora en general. El Proyecto proponía cambios bastante radicales en la regulación laboral existente, con una significativa flexibilización de las relaciones laborales, a través, entre otras cosas, de simplificaciones en la conclusión, modificación y resolución de los contratos de trabajo, en la organización de la jornada y el descanso, la introducción de nuevos tipos de contratos de trabajo, la liberalización de la extinción de las relaciones laborales y la mejora del mecanismo de solución de conflictos laborales. El Proyecto también indicaba qué disposiciones deberían considerarse más favorables para los trabajadores y cuáles para los empresarios, en relación con el Código de Trabajo entonces aplicable de 2002¹¹.

Tras largas discusiones y numerosas modificaciones del Proyecto originario, debidas también al veto presidencial a la primera versión del Código de Trabajo aprobada por el Parlamento, el nuevo Código de Trabajo (en adelante también, nuevo LC o LC de 2016) fue aprobado finalmente en septiembre de 2016¹². Se suponía que el Código de Trabajo entraría en vigor el 1 enero 2017 (artículo 2 del LC de 2016), pero pocos días antes de la fecha límite el plazo se

⁸ Socialinės apsaugos ir darbo Ministerija/Aiškinamasis raštas/XIIP-3234/XIIP-3267/2015 06 12 (Nota explicativa del Proyecto de Código de Trabajo).

⁹ Documento de trabajo del personal de la Comisión, *Country Report Lithuania 2017*, SWD(2017) 80 final, Brussels, 2017, p. 20.

¹⁰ Darbo kodeksto projektas (Proyecto de Código de Trabajo). El texto completo del Proyecto está disponible en: <http://www.socmodelis.lt/wp-content/uploads/Darbo-kodekso-projektas.pdf>.

¹¹ *Ibid*, p. 4.

¹² LR Darbo kodeksas (Código de Trabajo), (TAR, 2016-09-19, Nr. 23709).

prorrogó por otros seis meses¹³. El nuevo Código de Trabajo adoptado «con prisas» fue una creación de la legislatura que finalizaba, y de ahí que la prórroga fuese necesaria para refinar y acabar la ley, así como para dar más tiempo a empresarios y trabajadores para adaptarse a las nuevas reglas.

III. TIPOS DE CONTRATOS DE TRABAJO EN EL CÓDIGO DE TRABAJO DE 2002

Entre otros cambios y novedades introducidos por el Código de Trabajo de 2002 en la regulación laboral, el legislador expandió también la lista de tipos de contrato de trabajo. Mientras que el Derecho anterior sobre el contrato de trabajo otorgaba sólo dos opciones tradicionales para la conclusión de un contrato de trabajo (contrato de trabajo indefinido o de duración determinada)¹⁴, el Código de Trabajo de 2002 preveía una lista más amplia y no exhaustiva de tipos de contratos. Algunos de estos contratos no podían considerarse como contratos de trabajo separados¹⁵; otros sin embargo, ya existían en el ordenamiento jurídico lituano, pero estaban regulados en leyes separadas¹⁶.

Según el artículo 108 del Código de Trabajo de 2002, las partes pueden acordar la estipulación de uno de los siguientes tipos de contratos de trabajo:

- 1) sin plazo (indefinidos);
- 2) con plazo, temporales, estacionales;
- 3) sobre trabajo adicional, puesto de trabajo secundario;
- 4) con trabajadores a domicilio;
- 5) sobre suministro de servicios;
- 6) otros.

Como se desprende del artículo 108.1, apartado 6), la lista de contratos de trabajo en el Código de Trabajo no es exhaustiva. Por eso, como especifica el artículo 117 del Código de Trabajo, otros tipos de contratos de trabajo pueden preverse en leyes diferentes¹⁷. De este modo, el legislador se ha auto-reservado la

¹³ Darbo kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymo nr. XII-2603 2 ir 6 straipsnių pakeitimo įstatymas (Ley de modificación del artículo 2 y 6 de la Ley sobre Aprobación, Entrada en vigor y Ejecución del Código de Trabajo), Nr. XII-130, (TAR, 2016-12-28, Nr. 29769).

¹⁴ Art. 9, Ley sobre el contrato de trabajo, véase *supra*, nota 2.

¹⁵ P.ej., el contrato para trabajo adicional es casi una cláusula, un acuerdo extra concluido con el mismo empresario para desarrollar algunos deberes adicionales o concreto trabajo adicional (no acordado en el contrato) en el mismo lugar de trabajo (artículo 114.1 del Código de Trabajo).

¹⁶ P.ej., el contrato de trabajo estacional fue regulado por el Decreto gubernamental núm. 154 de 7 marzo 1994 (V.Ž., 1994, Nr. 19-313).

¹⁷ P.ej., los contratos con trabajadores de granjas y otras entidades agrícolas, o con trabajadores de empresas con un objetivo específico, están regulados por las Leyes correspondientes relativas a las actividades de dichas entidades.

posibilidad de introducir nuevos tipos de contratos de trabajo, de acuerdo con las necesidades provocadas por los cambios en el mercado nacional de trabajo.

Desde el comienzo, el Código de Trabajo de 2002 escogió regular todos los tipos de contrato recientemente introducidos por referencia a reglamentos gubernamentales y, a veces, convenios colectivos. En el Código de Trabajo sólo podemos encontrar un artículo por cada tipo de contrato, que contiene una breve definición del tipo de contrato, y luego una referencia idéntica: «Las características de los contratos de trabajo [...] se establecerán por el Gobierno y [en algunos casos por] los convenios colectivos»¹⁸. Los caracteres especiales y las particularidades de estos contratos de trabajo se definieron y concretaron en el Decreto gubernamental núm. 1043¹⁹.

Esto es cierto en relación con todos los contratos de trabajo no típicos, excepto para el contrato de duración determinada, que era, y aún continúa siendo, la forma contractual atípica más utilizada en Lituania²⁰. El legislador optó por la regulación directa de las condiciones del contrato de duración determinada, a través de disposiciones del Código de Trabajo.

El artículo 108 se modificó varias veces²¹, y por eso, algunos contratos se eliminaron, como el contrato para trabajo adicional (para la prestación de determinados deberes adicionales o de trabajo adicional, no acordado en el contrato, para el mismo empresario), que desapareció como tipo separado de contrato sólo 2 años después y fue «absorbido» por un contrato de puesto de trabajo secundario más amplio, o el contrato para suministro de servicios (para el suministro de servicios domésticos personales), abolido en 2012. A otros se les cambió el nombre y se actualizaron, como el contrato con trabajadores a domicilio o trabajo a domicilio (para la prestación en casa de funciones laborales acordadas), que se convirtió en el contrato para el trabajo a distancia. Este cambio puede explicarse por la necesidad de cubrir nuevos modos de ejecución a domicilio de los deberes laborales, incluido el uso de instrumentos de TIC, de uso cada vez más extendido e indispensable en la actualidad, y para alinear la legislación lituana con el Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo concluido por los interlocutores sociales europeos (ETUC, UNICE/UEAP y CEEP)²², aun cuando se consideraba que el tipo de contrato existente cubría también el teletrabajo²³.

¹⁸ Artículos 112–116, Código de Trabajo 2002.

¹⁹ LRV Nutarimas dėl atskirų darbo sutarčių ypatumų patvirtinimo (Decreto gubernamental núm. 1043 sobre la aprobación de las peculiaridades de algunos contratos de trabajo) (V.Ž., 2003, Nr. 81(1)-3690).

²⁰ Estadísticas sobre nuevos contratos de trabajo concluidos en julio-diciembre 2017 [suministradas por *Sodra* (State Social Insurance Fund Board) previa petición via e-mail].

²¹ El artículo 108 del LC fue modificado cuatro veces: en 2005 (Nr. X-188, V.Ž., 2005, Nr. 67-2400), en 2010 (Nr. XI-927, V.Ž., 2010, Nr. 81-4221), en 2011 (Nr. XI-1380, V.Ž., 2011, Nr. 69-3288) y en 2012 (Nr. XI-2358, V.Ž., 2012, Nr. 135-6859).

²² El Acuerdo Marco sobre el Teletrabajo se firmó el 16 julio 2002, por ETUC, UNICE/UEAPME y CEEP. El texto del acuerdo está disponible en:

O de nuevo otra vez, el contrato para trabajo temporal (contrato concluido por un período que no excediese de 2 meses) fue rebautizado como contrato con término breve, para evitar toda confusión terminológica cuando la Ley de empresas de trabajo temporal se adoptó para transponer la Directiva correspondiente de la UE. En concreto, este contrato de corta duración podía considerarse como un tipo de versión inicial del actual contrato para el trabajo a llamada: el contrato podía concluirse libremente para satisfacer las necesidades organizativas, productivas y de sustitución urgentes del empresario, sin período de prueba aplicable, y las vacaciones anuales se monetizan. Por otro lado, la regulación de este contrato contenía algunas restricciones al tipo de contrato de duración determinada (como el período de 1 mes entre un contrato y otro; en caso contrario, a petición del trabajador, el contrato podía convertirse en un contrato indefinido, o algunas limitaciones a la extinción de dichos contratos) que convertían este tipo de contrato en menos atractivo, dado que no era suficientemente adecuado para el objetivo para el que se había ideado.

Hay que tener en cuenta que el contrato para un trabajo secundario permitía acuerdos para trabajar más: con el mismo empresario, para la prestación de diversas funciones laborales no acordadas en el contrato (en caso contrario, el trabajo se consideraría horas extraordinarias), o en otro lugar de trabajo para el desempeño de deberes secundarios o de un segundo puesto de trabajo. En la práctica, este tipo de contrato permitía extender la jornada de trabajo hasta 60 horas a la semana, dado que la jornada diaria de trabajo de dichos trabajadores estaba limitada a doce horas al día²⁴. Este tipo de contrato podía considerarse una versión más simplificada del contrato para compartir un trabajador introducida por la última reforma del Derecho del Trabajo y discutida en el Capítulo III (véase *supra*).

Las disposiciones relativas a los contratos de duración determinada, un contrato de trabajo no típico muy popular en el mercado lituano de trabajo, establecen un término más amplio para las relaciones laborales que debieran ser de naturaleza temporal —la duración máxima de dicho contrato era de 5 años (artículo 109 del LC de 2002). Sin embargo, el viejo Código de Trabajo, a diferencia de la legislación actual, contenía la prohibición de concluir contratos de duración determinada en trabajos de naturaleza permanente, con la excepción de los casos previstos por leyes o convenios colectivos. Dado que la densidad de la regulación colectiva en Lituania es bastante baja, la excepción a este precepto no resultaba muy utilizada.

http://www.ueapme.com/docs/joint_position/Telework%20agreement.pdf

²³ Documento de trabajo del personal de la Comisión, *Report on the implementation of European social partners' Framework Agreement on Telework*, SEC/2008/2178, Brussels, 2008, p. 22.

²⁴ Decreto gubernamental núm. 1043, véase *supra*, nota 19.

Comparada con la legislación actual, la legislación anterior resultaba más laxa acerca de cuándo diversos contratos de duración determinada deberían considerarse contratos «sucesivos». El período entre contratos estaba limitado a 1 mes. En cambio, la sanción por incumplimiento del período «intermedio» resultaba más severa: si se concluía otro contrato de duración determinada dentro del período de 1 mes, con el mismo empresario y para el mismo trabajo, dicho contrato debería considerarse como concluido por tiempo indefinido, con sujeción a las excepciones previstas por las leyes o convenios colectivos (artículo 111 del LC de 2002).

La transformación de un contrato de duración determinada en un contrato permanente se preveía también en 3 casos más: cuando las circunstancias justificadoras de la conclusión del contrato dejan de existir, estando todavía en vigor las relaciones laborales (artículo 111.2 del LC de 2002); cuando el término del contrato no está especificado, o se ha especificado indebidamente (artículo 110.2 del LC de 2002); y cuando el trabajador continúa trabajando, una vez que el término ha expirado (artículo 111.1 del LC de 2002). Así, la legislación anterior no contenía ningún período «colchón», ni tampoco la conversión expresa en un contrato indefinido en caso de que se excediese la duración máxima del contrato.

IV. TIPOS DE CONTRATOS DE TRABAJO EN EL CÓDIGO DE TRABAJO DE 2016

Cuando el Proyecto de nuevo Código de Trabajo se presentó por vez primera en 2015, junto con los contratos de trabajo que ya eran conocidos en el sistema jurídico lituano (por ejemplo, el contrato de empresa de trabajo temporal, el contrato de trabajo estacional o el contrato de duración determinada), aparecieron algunos nuevos tipos de contratos, y señaladamente, el contrato por cantidad indefinida de trabajo, el contrato para la formación profesional, el contrato de aprendizaje, el contrato para trabajo a proyecto, el contrato para compartir el puesto de trabajo, y el contrato para trabajar para más de un empresario.

A diferencia del Código de Trabajo de 2002, en el que todos los contratos de trabajo no típicos, con excepción del contrato de duración determinada, se regulaban con referencia a leyes y reglamentos especiales, el Proyecto propuso una regulación separada para cada tipo de contrato. Dicha regulación «directa» fue adoptada después en el nuevo Código de Trabajo. Sólo el contrato para trabajo estacional constituye una excepción —el Proyecto no mencionaba el contrato para trabajo estacional (cubierto, en apariencia, por el contrato de duración determinada), mientras que el artículo 100 del LC de 2016 permite al Gobierno definir las peculiaridades del trabajo estacional, incluida la lista de trabajos que pueden considerarse estacionales, la conclusión, la modificación y la extinción de

dichos contratos, el régimen de jornada y descanso, y la remuneración²⁵. Puede apuntarse que tampoco se hicieron cambios sustanciales en la regulación del trabajo estacional previamente realizada por el Decreto gubernamental²⁶; únicamente los trabajos que tenían naturaleza estacional fueron de nuevo listados, combinándolos con categorías más amplias.

1. «Trabajo a llamada» o contrato para una cantidad indefinida de trabajo

Como para otros tipos de contratos de trabajo propuestos por el Proyecto, debe ponerse de relieve que la lista de nuevos y algo más flexibles contratos contenía pocos tipos, que fueron luego abandonados cuando se aprobó por el Parlamento la última versión del Código de Trabajo. El contrato que suscitó más discusiones y dudas, respecto de su utilidad y necesidad, fue el llamado contrato para cantidad indefinida de trabajo (artículos 87-90 del Proyecto), también conocido en otros sistemas jurídicos como contrato a llamada o contrato cero horas. Dejando a un lado, todas las consideraciones relativas al estatus social de la persona empleada bajo dicho contrato de trabajo, y la experiencia negativa relativa al uso de esta clase de contrato en otros países (por ejemplo, Italia o el Reino Unido), la versión lituana del trabajo a llamada presentaba algunas diferencias, que lo convertían en ligeramente menos precario, aunque sólo fuese un poco: era posible estipular dicho contrato tanto por tiempo indefinido como por tiempo determinado, pero el contrato, en todo caso, no podía limitarse a sólo una única «llamada» a trabajar (las consecuencias en caso de violación de esta prohibición no estaban claras, sin embargo). Además, el Proyecto establecía una jornada mínima en dichos contratos —al menos 8 horas al mes— o la remuneración, en todo caso, por al menos 8 horas debidas (artículo 87 del Proyecto). Por ello mismo, la posibilidad de trabajar y ser pagado por 8 horas mensuales constituye un consuelo pequeño, si se tiene en cuenta que en el momento en que el Proyecto se presentó el salario horario mínimo establecido por el Gobierno era de 2,32 euros²⁷. El Proyecto preveía que la «llamada» a trabajar debía comunicarse al trabajador 5 días antes de comenzar el trabajo, pues en caso contrario el trabajador podía negarse a aceptar la llamada, y dicha negativa no podía considerarse como un incumplimiento de los deberes del trabajador (artículo 88 del Proyecto). Sin embargo, la extinción de este tipo de contrato era liberal —además de todos los motivos generales para la extinción del contrato de trabajo (como la extinción por justas causas, tanto de naturaleza económica como personal, y la extinción por mutuo acuerdo)—, se permitía al empresario extinguir el contrato libremente, dando 5 días de preaviso al

²⁵ El contrato para trabajo estacional está regulado en el Decreto gubernamental núm. 496 de 21 junio 2017 (TAR, 2017-06-27, Nr. 10853).

²⁶ LRV Nutarimas Nr. 154 Dėl sezoninio darbo (Decreto gubernamental núm. 154 sobre el trabajo estacional), (V.Ž., 1994, Nr. 19-313).

²⁷ LRV Nutarimas Nr. 644 Dėl minimaliojo darbo užmokesčio (Decreto gubernamental núm. 644 sobre salarios mínimos), (TAR, 2016-06-27, Nr. 17577).

trabajador, reduciéndose la indemnización promedio de medio mes a 5 días, en caso de que el empresario decidiese extinguir el contrato por causa de que el trabajador se hubiese negado a aceptar la llamada a trabajar dos veces en 3 meses consecutivos (artículo 90 del Proyecto). Por otro lado, la regulación proyectada preveía la conversión de este tipo de contrato en un contrato indefinido, si el trabajador era llamado a trabajar y continuaba trabajando durante más de 8 semanas (artículo 90 del Proyecto).

Debería decirse que el contrato para cantidad indefinida de trabajo fue aprobado, en realidad, por el Parlamento cuando el Código de Trabajo se adoptó por vez primera en septiembre de 2016, pero nunca entró en vigor, dado que fue eliminado del Código de Trabajo, durante el período intermedio entre el cambio de legislaturas²⁸. La versión adoptada por el Parlamento fue levemente modificada, si se compara con la del Proyecto. Contenía pocas más limitaciones al uso de este tipo de contrato, pero liberalizando, al mismo tiempo, algunos otros aspectos de la regulación proyectada²⁹: el número de tales contratos para el empresario se limitó a un máximo del 10% de todos los contratos de trabajo en vigor (aun cuando no estaba claro qué ocurre cuando este límite se excedía), y existía la prohibición de usar esta clase de contrato en obras de construcción y en el trabajo doméstico, dos sectores en los que, con mayor probabilidad, dichos contratos podrían haber sido ampliamente utilizados y con alta probabilidad de abuso. En relación con la extinción de este contrato, el derecho del empresario a extinguirlo libremente se limitó a aquellos casos en que el trabajador se niega a aceptar la llamada a trabajar dos veces en un período de 3 meses. Y de nuevo, la conversión en un contrato indefinido en caso de que el trabajador fuese llamado a trabajar y continuase trabajando por un período mayor (durante más de 8 semanas, como se establecía en el Proyecto), se eliminó en el LC de 2016.

2. Contrato de aprendizaje

Otro tipo de contrato propuesto en el Proyecto que fue luego abandonado en la versión final del Código de Trabajo fue el contrato de formación profesional (artículos 80-83 del Proyecto). Este tipo de contrato habría cubierto situaciones en las que una persona, normalmente un joven incluso como menos de 18 años, es empleado para adquirir cualquier tipo de competencias laborales. Al igual que otros contratos con causa mixta en los que se combina aprendizaje y trabajo, el contrato de formación profesional preveía que el aprendizaje debería limitarse en el tiempo (un máximo de 6 meses, artículo 80 del Proyecto), que las partes prepararían un plan de aprendizaje para todo el período de duración del contrato (artículo 81 del Proyecto) y que las partes podían acordar en qué medida y cómo el empresario

²⁸ Law Nr. 2688, (TAR, 2016-11-09, Nr. 26498).

²⁹ Artículos 85-88, Código de Trabajo 2016.

podría resarcirse de los gastos de formación (artículo 82 del Proyecto). Para impedir abusos derivados de la utilización de múltiples contratos sucesivos de formación³⁰, sólo podía concluirse un nuevo contrato de formación profesional con el mismo empresario (las partes eran libres, sin embargo, de estipular otro tipo de contrato) sólo cuando, tras finalizar el anterior contrato de formación profesional, hubiese transcurrido un período de 3 años. La extinción de este tipo de contrato era liberal —junto a las causas justas para la extinción del contrato de trabajo, ambas partes eran libres de poner fin a la relación dando sólo un breve preaviso (respectivamente, 5 días de preaviso al empresario y 10 días de preaviso a ser dado al trabajador, según el artículo 83 del Proyecto). Por otro lado, la sanción por el incumplimiento de algunas de las disposiciones, en particular, la duración contractual máxima y la conclusión de sucesivos contratos de formación profesional sin respetar el período de 3 años entre ellos, era bastante severa —la conversión del contrato en un contrato indefinido (artículo 83 del Proyecto). El mismo tratamiento se preveía también en caso de que el trabajador continuase trabajando durante al menos 5 días tras la expiración del término por el cual se concluyó el contrato de formación profesional (artículo 83 del Proyecto). Por eso, el corto período de 5 días, llamado período «colchón», que se encuentra a veces en la regulación de los contratos de duración determinada, se dejó en beneficio del empresario.

Indudablemente, dicho contrato da al empresario la posibilidad de probar las capacidades de los nuevos trabajadores, a menudo muy jóvenes y no formados, a través de un período dos veces más largo, si comparado con el período de prueba, que tiene un período máximo de 3 meses, de modo similar a como estaba en el precedente Código de Trabajo³¹. En la versión definitiva del Código de Trabajo, este tipo de contrato fue «absorbido» por otro contrato con análogos objetivos de trabajo-formación, que es el contrato de aprendizaje.

El contrato de aprendizaje se utiliza cuando una persona es empleada con la finalidad de dominar la profesión, a través de una formación en el tajo. Algunas importantes diferencias pueden reseñarse entre la regulación de este tipo de contrato propuesta en el Proyecto y la adoptada cuando el Código de Trabajo se aprobó. La proyectada contenía dicho tipo de aprendizaje creando una relación tripartita, actuando el *Labour Exchange*³² como un intermediario entre el aprendiz

³⁰ Aun cuando los contratos de formación profesional pueden excluirse de la aplicación de las normas orientadas a prevenir los abusos derivados de contratos temporales sucesivos establecidas por la Directiva 1999/70/CE de 28 junio 1999, relativa al acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada concluido por ETUC, UNICE y CEEP (OJ L [1999] 175/43), cláusula 2.2.a) del Acuerdo anexo a la Directiva.

³¹ Ambos Códigos de Trabajo, Nuevo y antiguo, artículo 36 y artículo 106, respectivamente, establecían períodos de prueba de 3 meses. Sin embargo, el Código de Trabajo 2002 preveía que el período de prueba de 3 meses podía ampliarse a 6 meses en los casos especificados por la ley.

³² El *Labour Exchange* lituano (LLE) es una agencia ejecutiva dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, esto es, directamente subordinada y responsable ante el Ministerio. El LLE responde de la provisión de servicios del Mercado de trabajo a los demandantes de empleo y

y el empresario. Sólo las personas enviadas por el *Labour Exchange* podían ser empleadas como aprendices. Por eso, debían estipularse dos contratos: el contrato de aprendizaje, entre aprendiz y empresario, y el contrato para el trabajo y la formación profesional, entre el *Labour Exchange* y el empresario. La regulación proyectada preveía que el aprendizaje sería de duración limitada, pero no establecía ningún límite a la misma. La duración tenía que establecerse entre el *Labour Exchange* y el empresario en el contrato para el trabajo y la formación profesional (artículo 84 del Proyecto). Otras disposiciones del Proyecto eran muy similares a las aplicables al contrato de formación profesional.

Por el contrario, la versión definitiva del contrato de aprendizaje se diferencia considerablemente de la propuesta inicial, en el sentido de que abarca ambos contratos de trabajo-aprendizaje propuestos por el Proyecto, aunque previendo dos subtipos, con algunas reglas de aplicación general y disposiciones específicas para los subtipos. Así, el contrato de aprendizaje puede adoptar dos formas: una que se concluye sin contrato de formación adicional (con un plan de «formación informal»; en general, las disposiciones son similares a las del contrato de formación profesional propuesto por el Proyecto), y la otra con un contrato de estudio/formación adicional ligado a él, regulado por leyes especiales, que, sin embargo, puede concluirse no sólo exclusivamente con la participación del *Labour Exchange*, sino con cualquier sujeto que posea autorización para suministrar servicios de formación/educación (artículo 81 del LC 2016). La duración máxima del aprendizaje se limita a 6 meses, excepto para el segundo subtipo de contrato que puede concluirse por una duración mayor, dependiendo de la extensión del programa de estudio/formación (artículo 82 del LC 2016). Además, el primer tipo de contrato se limita en su número —no más del 10% de todos los contratos de trabajo en vigor (de nuevo, sin embargo, no está claro qué ocurre cuando este límite se excede)— y, con la finalidad de prevenir abusos, al igual que en el contrato proyectado de formación profesional (véase *supra*), puede concluirse un nuevo contrato de aprendizaje con el mismo empresario cuando haya transcurrido un período de 3 años, tras la finalización del anterior contrato de aprendizaje (artículo 83 del LC 2016). Para la violación de esta última prohibición se prevé la conversión en un contrato de duración indefinida (artículo 83.2 del LC 2016). Sin embargo, la extinción de este tipo de relación contractual es libre —sólo se requiere un preaviso breve, aunque levemente diferente, según la forma del contrato de aprendizaje [5 días para el empresario y 10 días para el trabajador, en el caso del primer subtipo, más simple, de aprendizaje (artículo 83.5 del LC 2016), y 5 días para ambas partes, en caso de que el contrato de aprendizaje se acompañe de un contrato adicional de formación/estudio (artículo 84.6 del LC 2016)]. Las razones de estas diferencias no son muy claras, si se tiene en cuenta que en ambos contratos que combinan trabajo-formación existía en el Proyecto el mismo período

empresarios, y de la puesta en práctica de medidas de política activa de empleo. Para más información, puede visitarse el portal en Internet del LLE, ubicado en <http://www.ldb.lt/en/Information/Pages/default.aspx>.

de preaviso, de 5 días para el empresario y de 10 días a darse por el trabajador (artículos 83 y 86 del Proyecto).

A pesar del hecho de que este tipo de contrato se utilizará normalmente para facilitar y posibilitar el intercambio entre aprendizaje y trabajo, y para promover el empleo juvenil, el legislador lituano no ha establecido una edad «techo» para el aprendizaje.

Otra diferencia presente en la regulación lituana del aprendizaje es la opción del legislador por establecer un término algo más breve para el contrato de aprendizaje —máximo de 6 meses. Sólo el segundo subtipo de contrato, el acompañado por un contrato de formación/estudio, puede durar más tiempo, dependiendo de la extensión del programa educativo. Así, el término para la «adquisición en el tajo de las cualificaciones profesionales necesarias», comparado con la duración de contratos similares en otros países europeos³³, puede considerarse demasiado breve en la práctica y, de nuevo, puede usarse de algún modo como sustituto del período de prueba, que es más breve (véase *supra*). De acuerdo con las últimas estadísticas disponibles³⁴, hemos sabido que sólo se concluyeron 155 contratos de aprendizaje (no está disponible ninguna especificación, según los subtipos de aprendizaje), dentro de los 6 primeros meses siguientes a la entrada en vigor del Código de Trabajo (julio-diciembre 2017). El pico se alcanzó en septiembre, cuando se concluyó un tercio de todos los contratos de aprendizaje en un mes. Se explicaría por el hecho de que el año académico empieza en septiembre en Lituania. Sin embargo, los contratos de aprendizaje estipulados constituyen sólo el 0,05% de todos los nuevos contratos estipulados en Lituania durante el período de referencia.

3. El contrato para trabajo a proyecto

Otro contrato que ha entrado en el mercado de trabajo lituano con el Código de Trabajo de 2016 es el contrato para trabajo a proyecto. Como se verá luego, este tipo de contrato se considera un contrato de duración determinada, pero al mismo tiempo tiene diferencias significativas, si comparado con la regulación de los contratos de duración determinada. Además de esto, el trabajo a proyecto presenta algunas características típicas de las relaciones de auto-empleo. En cualquier caso, el legislador lituano optó por la inclusión de este tipo de contrato en

³³ Por ejemplo, el *contratto di apprendistato* en Italia puede tener la duración de un mínimo de 6 meses y hasta 3 ó 5 años [artículos 47-53 del Decreto Legislativo núm 276, de 10 septiembre 2003, Ejecución de la delegación en materia de ocupación y mercado del trabajo (B[oletín]O[ficial] 235 de 09/10/2003, Supl. Ordinario n. 159)].

³⁴ Para las estadísticas sobre nuevos contratos de trabajo julio-diciembre 2017, véase *supra*, nota 20.

el Código de Trabajo. La regulación propuesta por el Proyecto y la luego adoptada coinciden casi literalmente, presentado sólo algunas diferencias menores.

Con el contrato para trabajo a proyecto, el trabajador asume el deber de cumplir sus funciones laborales necesarias para alcanzar un resultado específico, y el empresario asume el deber de pagar la remuneración acordada a ese efecto (artículo 89 del LC 2016). Así, a diferencia de otros contratos de trabajo en que el trabajador meramente aporta la actividad laboral, el resultado a alcanzar constituye la característica esencial de este tipo de contrato, de modo similar a las relaciones de auto-empleo. En consecuencia, las partes definirán el resultado específico del proyecto a alcanzar, e indicarán el fin del proyecto o las condiciones que permitirían determinar la finalización del mismo (artículo 89.2 del LC 2016). No hay indicaciones, sin embargo, acerca de qué ocurre si se incumplen estas exigencias o, por ejemplo, si el proyecto y/o resultados se formulan demasiado genéricamente. Ni tampoco ninguna definición del «proyecto» mismo, que puede interpretarse de modos diferentes.

Dado que el contrato para trabajo a proyecto se orienta a un resultado, las partes pueden acordar la forma en que se pague la retribución, que puede ser sobre una base mensual o sobre la base de un resultado, o con una mezcla de ambos, y con el pago de un complemento cuando los resultados definidos se consigan (artículo 91 del LC 2016). Sin embargo, el legislador ha establecido algunas salvaguardas para el trabajador, en relación con la remuneración. En primer lugar, no cabe retribuir al trabajador por debajo del salario horario establecido y periódicamente actualizado por el Gobierno³⁵. Y en segundo lugar, la retribución debe pagarse periódicamente, y como mínimo una vez al mes. Esta segunda exigencia excluye en la práctica la posibilidad de acordar el pago exclusivamente sobre la base de la consecución de un resultado específico, salvo que el resultado pueda alcanzarse en un mes o los resultados del proyecto se detallen sobre una base mensual.

Además, la jornada de los trabajadores a proyecto se regula de modo diferente: las partes acordarán una jornada semanal promedio, teniendo en cuenta los límites del descanso mínimo y la jornada máxima. Así, el trabajador tiene libertad para acomodar su propio horario de trabajo (artículo 90 del LC 2016). Junto a esto, el trabajador puede desarrollar su trabajo no sólo en las instalaciones del empresario, sino también a domicilio (artículo 89 del LC 2016). La flexibilidad relativa a la jornada y al lugar de trabajo parece ser más relajada que en el caso del «trabajo a distancia», también llamado a veces *smart working*, regulado separadamente por el LC y considerado un modo de organización o ejecución del

³⁵ Actualmente, el salario mínimo horario es 2,45 euros y el salario mínimo mensual es 400 euros. LRV Nutarimas Nr. 814 Dėl minimaliojo darbo užmokesčio (Decreto gubernamental núm. 814 sobre salarios mínimos), (TAR, 2017-10-12, Nr. 16194).

trabajo, posiblemente aplicable a cualquier relación laboral, pero con más restricciones y obligaciones impuestas para su utilización³⁶.

En el caso del contrato para trabajo a proyecto, el Código de Trabajo no contiene reglas específicas sobre la extinción de dicha relación laboral. Por eso, se aplicarán las reglas generales extintivas a la extinción de estos contratos (artículo 92.1 del LC 2016).

Sin embargo, el legislador ha limitado la posibilidad de utilizar el contrato para trabajo a proyecto identificando 3 casos en que las partes puede concluir tales contratos. En el Proyecto, estos 3 casos tenían una duración de 3 años, aunque el Código de Trabajo de 2016 ha diferenciado la duración estableciendo el límite de 2 ó 5 años (artículo 89 del LC 2016).

En concreto, las partes pueden estipular el contrato para trabajo a proyecto:

- 1) con personas contratadas por vez primera, con una duración de 2 años;
- 2) para la sustitución temporal de otro tipo de contrato en vigor, por un período de 5 años;
- 3) para concluir el acuerdo para trabajar a proyecto con un trabajador que tiene otro tipo de contrato en vigor, con una duración de 2 años.

Los 3 casos se centran aparentemente no en la existencia del proyecto para cuya realización el empresario busca contratar a una persona, sino en el sujeto que puede ser contratado utilizando este contrato.

Mientras que el tercer caso se refiere a una persona ya contratada y que estipula el acuerdo para funciones laborales adicionales ligadas a la realización de un «proyecto», recordando al acuerdo para trabajo adicional presente en el anterior Código de Trabajo de 2002 (véase *supra*), la primera y segunda opciones pueden plantear numerosas cuestiones. Dado que las disposiciones relativas a la duración máxima de los contratos de duración determinada (incluidas las disposiciones que regulan la conclusión de sucesivos contratos a término) y las consecuencias de la extinción de contratos de duración determinada (así, la conversión en un contrato indefinido en caso de sucesivos contratos a término, cuando se viola la duración

³⁶ Según el artículo 52 del LC 2016, el trabajo a distancia no se considera un tipo autónomo de contrato de trabajo, sino un modo de organizar y cumplir la prestación laboral. El trabajo a distancia puede acordarse por las partes o ser exigido por el trabajador. En algunos casos, el empresario puede ser obligado a permitir el trabajo a distancia, al menos para 1/5 de la jornada, por ejemplo, cuando el trabajador que plantea la petición es una mujer embarazada, o una mujer que dio a luz o que da lactancia natural, o un trabajador que cuida un hijo (hasta cierta edad) o que tiene un hijo discapacitado. En el caso del trabajo a distancia, hay exigencias adicionales relativas al lugar de trabajo, al uso de herramientas de trabajo, compensación de gastos causados y responsabilidad sobre el trabajo realizado. El papel del empresario en la determinación del régimen de jornada es más activo, y tiene el deber de dar información sobre el trabajo a distancia disponible a los sujetos competentes (comité de empresa o sindicato) con carácter anual.

máxima o el trabajador continúa trabajando más allá del término) no se aplican al trabajo a proyecto (artículo 92 del LC 2016), el primer caso otorga la posibilidad de concluir diversos contratos sucesivos para trabajo a proyecto, pudiendo tener cada uno de ellos una duración de 2 años. Así, no hay un límite máximo general relativo a la duración para dicho tipo de relaciones laborales. Aparentemente, la persona aún podría considerarse como «persona contratada por primera vez», cada vez que el contrato para trabajo a proyecto se concluyese. La regulación no impone restricciones a la conclusión de sucesivos contratos para trabajo a proyecto, como en el caso de los contratos de duración determinada, a pesar del hecho de que el legislador, en el artículo 89 del LC 2016, define expresamente el contrato para trabajo a proyecto como un contrato de «duración determinada». Más aún, ¿se aplicarían al trabajo a proyecto otras disposiciones reguladoras de los contratos a término, salvo las expresamente excluidas (duración máxima y consecuencias de la extinción)? Y además, ¿cómo debería formalizarse en la práctica la sustitución, ¡hasta cinco años!, de un contrato de trabajo (¿cualquier tipo de contrato?) válido?

Como se indicó antes, este tipo de contrato también tiene algunas características que pueden encontrarse en el trabajo autónomo o en las relaciones de auto-empleo. En el caso del contrato para trabajo a proyecto, algunos de los indicadores de subordinación a tener en cuenta para determinar si la relación se considera como subordinada o como trabajo autónomo pueden jugar un papel marginal. En particular, el cumplimiento de una jornada, el pago del salario o trabajar en las instalaciones del empresario.

Considerando esto, la decisión del legislador de incluir esta clase de contrato en el Código de Trabajo y, así, de extender la protección del Derecho del Trabajo a personas empleadas bajo dicho tipo de contratos debería evaluarse, en general, positivamente. Y es que la experiencia de otros Estados europeos acredita, cuando este tipo de contrato se abandona a la esfera del trabajo parasubordinado, que puede servir como un instrumento para eludir la relación laboral subordinada y, como consecuencia de ello, la aplicación del Derecho del Trabajo³⁷.

Según los últimos datos estadísticos disponibles³⁸, puede ponerse de relieve que se concluyeron 887 contratos para trabajo a proyecto en el segundo semestre de 2017, tras haber entrado en vigor el Código de Trabajo (julio-septiembre 2017). Aunque esta cifra constituye sólo el 0,28% de todos los nuevos

³⁷ P.ej., éste fue el caso del *Contratto a progetto* introducido en el ordenamiento jurídico italiano por la llamada reforma Biagi de 2003 (Decreto Legislativo núm. 276 de 2003, véase *supra*, nota 33). Este contrato ha planteado diversas cuestiones relativas a su aplicación, y produjo un importante contencioso judicial. Para más información, entre otros, véase PERULLI, A., *Il lavoro a progetto tra problema e sistema* en *Lavoro e diritto* 2004; *Impiego flessibile e mercato del lavoro* (a cargo de A. PERULLI), Edit. Giappichelli (Torino, 2004); DE LUCA TAMAJO, R., *Dal lavoro parasubordinato al lavoro a progetto*, en *Working Papers D'Antona*, 2003.

³⁸ Para las estadísticas sobre nuevos contratos de trabajo julio-diciembre 2017, véase *supra*, nota 20.

contratos concluidos en Lituania durante el período en cuestión, este tipo de contrato ocupa el tercer puesto entre los contratos de trabajo no-típicos más frecuentemente utilizados en el mercado de trabajo lituano, sólo tras el contrato de trabajo de duración determinada (incluido el trabajo estacional) y el contrato para empresas de trabajo temporal. Dicha popularidad puede explicarse por la falta de una definición legal de lo que constituye un «proyecto» y por la libertad para concluir múltiples contratos para trabajo a proyecto de 2 años, con «persona contratada por primera vez».

4. El contrato para compartir puesto de trabajo

Con la adopción del Código de Trabajo, se introdujeron en el ordenamiento jurídico lituano dos contratos de trabajo de «compartir». Señaladamente, el contrato para compartir puesto de trabajo, también conocido en otros ordenamientos jurídicos como «*job sharing*», y el contrato para trabajar para más de un empresario, que puede denominarse contrato para «compartir un trabajador». En ambos casos, la regulación propuesta por el Proyecto y la que fue adoptada en el Código de Trabajo de 2016 no presentan diferencias relevantes.

El contrato para compartir puesto de trabajo, tal y como fue llamado por el legislador lituano, presenta parecidos con el trabajo a tiempo parcial, que también fue sometido a modificaciones importantes por la última reforma de la legislación laboral. Al estipular dicho contrato, dos trabajadores concluyen el acuerdo con el empresario de que compartirán un puesto de trabajo (artículo 93 del LC 2016). En consecuencia, los dos trabajadores tienen libertad para organizar y modificar su jornada sin implicación del empresario, salvo que se acuerde lo contrario en el contrato o el empresario exija ser debidamente informado (artículo 94 del LC 2016). Así, a diferencia de los trabajadores a tiempo parcial que desarrollan sus funciones laborales de acuerdo con una jornada «prefijada», que es difícil de modificar, en el caso de compartir un puesto de trabajo los dos trabajadores tienen flexibilidad para la distribución de su jornada de trabajo. El legislador impone algunos límites, sin embargo: cada trabajador no puede exceder el límite de jornada acordado en el contrato (artículo 93 del LC 2016), los trabajadores deben respetar la jornada máxima y los límites mínimos de descanso (artículo 94 del LC 2016), y deben organizar su jornada de modo que se asegure el cumplimiento de sus funciones laborales (artículo 94 del LC 2016).

Las partes pueden acordar el contrato para compartir cuando se estipule un nuevo contrato de trabajo o para la sustitución temporal de otro tipo de contrato de trabajo. De nuevo, no hay indicaciones acerca de cómo debe medirse la «temporalidad». Como hemos visto en el caso del contrato para trabajo a proyecto, un período de hasta 5 años puede considerarse temporal (véase *supra*). El legislador ha distinguido un caso particular en que el empresario debe tener en

cuenta la exigencia del trabajador de trabajar temporalmente en régimen de puesto de trabajo compartido y concederlo, si es posible desde el punto de vista organizativo y productivo. Es el caso del trabajador que está cuidando un hijo menor de 7 años. Dicho trabajador también tiene derecho de volver a su régimen laboral previo cuando su hijo cumple 7 años. Parecidamente, se prevé el mismo derecho a exigir y a que se le permita trabajar a tiempo parcial y, luego, a regresar al régimen a tiempo completo, para ciertas categorías de trabajador, aunque cubre más sujetos³⁹.

Además, el legislador ha previsto una salvaguarda adicional para dichos trabajadores, en caso de extinción de las relaciones para compartir puesto de trabajo. En el supuesto de que se comparta el puesto de trabajo, el Código de Trabajo no prevé una regulación extintiva específica para este tipo de contrato, ni una referencia a las causas y procedimiento generales para la extinción de los contratos de trabajo. En vez de ello, se centra en la hipótesis de que la relación se extinga con uno de los trabajadores. La regla general, establecida en el artículo 95, es la de que cuando para uno de los dos trabajadores se extingue el contrato de trabajo, el contrato del segundo trabajador permanece válido durante un mes más. Si durante este período no se encuentra a nadie que reemplace al trabajador que se fue, debe ofrecerse al otro trabajador trabajar en régimen de trabajo a tiempo completo. En caso de negativa del trabajador, también puede extinguírsele el contrato, con un preaviso breve de 3 días. Se prevé una excepción para los trabajadores con un hijo menor de 7 años —su contrato se convierte *ex lege* en un contrato a tiempo parcial (artículo 95 del LC 2016).

Dicho tipo de contrato presupone relaciones de fuerte colaboración y confianza entre los dos trabajadores, dado que están mutuamente comprometidos con un empresario para cumplir sus funciones laborales⁴⁰. Según se desprende de los últimos datos estadísticos disponibles⁴¹, el contrato para compartir puesto de trabajo no ha ganado popularidad en el mercado de trabajo lituano —sólo se

³⁹ La protección se concede a los trabajadores con problemas de salud, a los trabajadores discapacitados o a aquellos que están cuidando de un familiar, a mujeres embarazadas, mujeres que han dado a luz recientemente o en lactancia natural, y a los trabajadores que cuidan un hijo de hasta 3 años, o a los padres solteros con un hijo de hasta 14 años, o a los trabajadores que cuidan un hijo discapacitado menor de 18 años (artículo 40 LC 2016). Tiene interés el hecho de que el Código de Trabajo haya introducido también el derecho a exigir y a que se conceda, excepto por causa grave, trabajar temporalmente a tiempo parcial (hasta 1 año), sobre la base de la antigüedad en el empleo (3 años), para todos los trabajadores.

⁴⁰ El legislador utiliza el término compartir «lugar de trabajo», de manera que en la práctica sería posible compartir el mismo lugar de trabajo y desarrollar funciones laborales diferentes. El legislador menciona «funciones laborales» por dos veces —al hablar de la distribución de la jornada que asegure el cumplimiento de las funciones laborales (artículo 94.4 LC 2016) y cuando uno de los dos trabajadores está enfermo o de vacaciones y el otro trabajador deber colaborar con el sustituto para que cumpla sus funciones laborales (artículo 94.5 LC 2016).

⁴¹ Para las estadísticas sobre nuevos contratos de trabajo julio-diciembre 2017, véase *supra*, nota 20.

concluyeron 13 contratos en el período de seis meses (julio-diciembre 2017), subsiguiente a la entrada en vigor del Código de Trabajo.

5. «Compartir trabajador» o contrato para trabajar para más de un empresario

El segundo contrato para compartir, llamado por el legislador lituano contrato para trabajar para más de un empresario, regula las relaciones laborales entre un empresario y dos o más trabajadores para el cumplimiento de una prestación laboral (artículo 96 del LC 2016). En algunos aspectos, este tipo de contrato parece una versión modificada y mejorada del contrato para un trabajo secundario, ya presente en el anterior Código de Trabajo de 2002.

Dicho contrato puede denominarse de «compartir trabajador», dado que permite a varios empresarios (dos o más) compartir un único trabajador. A diferencia del antiguo contrato para un trabajo secundario, este contrato se concluye para realizar la misma prestación laboral, que no era necesariamente el caso del contrato para un trabajo secundario antes en vigor. Dichos contratos resultan particularmente convenientes en caso de grupos de empresas, cuando las compañías pertenecientes al mismo grupo utilizan los mismos trabajadores, tales como abogados, contables o especialistas en TIC, de acuerdo con las necesidades operativas del día a día. La jornada de tales trabajadores puede organizarse de modo muy flexible, con o sin especificaciones de cómo se realiza y si se subdivide entre todos los trabajadores, pero siempre dentro de los límites de la jornada máxima y el descanso mínimo (artículo 96.3 y 97.2 del LC 2016). Por contraste, el antiguo contrato para un trabajo secundario permitía básicamente extender la jornada semanal (véase *supra*).

En dicha relación multilateral de trabajo, cada empresario ejercita sus derechos y deberes en el tiempo que el trabajador utiliza trabajando para él. Además, los empresarios indicarán, por medio de un acuerdo común, cuál de ellos se considerará primer empresario, al modo de un *primus inter pares*, quién cumplirá todas las funciones empresariales en relación con el horario de trabajo, los pagos fiscales y de seguridad social relativos a la relación laboral, y quién representará a la parte empresarial en procedimientos administrativos o judiciales (artículo 96.2 y artículo 98 del LC 2016). En consecuencia, los otros empresarios compensarán los gastos causados, aplicando el principio *pro rata* en la jornada (artículo 98 del LC 2016). Sin embargo, todos los empresarios son conjunta y separadamente responsables (*in solido*) en relación con los deberes empresariales, y por eso, el trabajador puede reclamar lo que se le debe según el contrato de trabajo de cualquiera de ellos.

El contrato para «compartir trabajador» puede extinguirse por las causas comunes y aplicando el procedimiento general del contrato de trabajo. Además, sin

embargo, el legislador ha previsto algún tipo de reglas específicas para el despido. En concreto, aunque cualquiera de los empresarios puede iniciar el procedimiento de despido, la decisión sobre el despido (o sobre la sustitución por otro tipo de contrato) se tomará de común acuerdo. No está claro, sin embargo, qué ocurre si no hay común acuerdo entre todos los empresarios. La última norma dedicada a la regulación de este tipo de contrato indica que, si el contrato se extingue y no se sustituye por otro tipo de contrato, la relación laboral concluye igualmente con el otro empresario.

Dicha relación laboral presupone la colaboración, e implica la existencia de algún tipo de lazos en la actividad económica de todos los empresarios, pues de otro modo el contrato podría sustituirse fácilmente con un simple contrato a tiempo parcial, aunque con menor flexibilidad respecto de lo relativo a la jornada de trabajo. Según indican los últimos datos estadísticos⁴², este tipo de contrato no es particularmente popular en el mercado de trabajo lituano —sólo se concluyeron 133 contratos en el período de 6 meses (julio-diciembre 2017), tras la introducción de este nuevo tipo de contrato de trabajo, de los que 128 fueron indefinidos y 5 de duración determinada.

6. Trabajo para empresas de trabajo temporal

La regulación de las empresas de trabajo temporal en Lituania ha pasado por diversas etapas y cambios. Vale la pena mencionar que las empresas de trabajo temporal (*Darbo agentūros*) ya operaban en el mercado de trabajo lituano antes de que dicha actividad fuese regulada por la ley. Sin embargo, estas empresas actuaban sólo como un intermediario entre la oferta y la demanda de trabajo, cumpliendo así sólo una de las funciones de las empresas de trabajo temporal, sin formar parte de la relación laboral. Luego se promulgó una legislación específica, para cumplir las obligaciones derivadas de la pertenencia a la UE. En 2008, las instituciones de la UE adoptaron la Directiva 2008/104/EC sobre empresas de trabajo temporal, que tenía que ser transpuesta por los Estados miembros en 2011⁴³. Así, en 2011 el legislador lituano adoptó una norma específica, a efectos de transponer las disposiciones relevantes de la Directiva de la UE⁴⁴.

Con la reforma laboral de 2016, la regulación de las empresas de trabajo temporal se trasladó al Código de Trabajo, introduciendo algunos cambios significativos en ella. Las disposiciones iniciales del Código de Trabajo sobre el

⁴² Para las estadísticas sobre nuevos contratos de trabajo julio-diciembre 2017, véase *supra*, nota 20.

⁴³ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2008/104/EC sobre empresas de trabajo temporal (OJ L [2008] 327/9), artículo 11.

⁴⁴ Įdarbinimo per laikino įdarbinimo įmones įstatymas (Ley sobre empresas de trabajo temporal), (V.Ž. 2011, Nr. 69-3287).

contrato de empresas de trabajo temporal se sometieron a algunas modificaciones adicionales por el legislador que sucedió al autor de la reforma laboral, en 2017. Los últimos decretos gubernamentales de desarrollo de las disposiciones sobre empresas de trabajo temporal se adoptaron en este año, de manera que el nuevo régimen estará plenamente operativo en julio de 2018.

El trabajo en empresas de trabajo temporal, o trabajo temporal según lo llama el legislador lituano, presupone una relación trilateral entre el trabajador (trabajador temporal) y el usuario (usuario de trabajo temporal), en la que el contrato de trabajo se estipula entre el trabajador y la empresa de trabajo temporal, aunque el trabajo se desarrollará para y bajo la subordinación de otra persona —el usuario (artículo 72 del LC 2016).

El contrato para trabajar en empresas de trabajo temporal puede concluirse por tiempo determinado o con una duración indefinida (artículo 72 del LC 2016). Frente a la regulación general del contrato de duración determinada, la duración máxima del trabajo temporal concluido por una duración definida, incluyendo sucesivos contratos de trabajo temporal, se limita a 3 años (aunque el Proyecto establecía un término de 5 años, en su artículo 71). El legislador también delimita separadamente los contratos de trabajo temporal «sucesivos» —el período de 2 semanas debe respetarse entre un contrato de trabajo temporal y otro (artículo 72.5 del LC 2016). No está claro, sin embargo, cuál es la sanción por la violación de estas reglas, dado que el legislador calla sobre la posibilidad de transformar el contrato para la empresa de trabajo temporal en un contrato indefinido. ¿Qué ocurre si el trabajador continúa trabajando cuando el término asignado ha expirado, o si el contrato de trabajo temporal sobrepasa el término de 3 años? Más aún, si el contrato de trabajo temporal puede convertirse en un contrato de trabajo permanente, ¿debería ser con la empresa de trabajo temporal o con el usuario?

Junto con las típicas disposiciones del contrato de trabajo temporal relativas al contenido de dichos contratos de trabajo, las instrucciones a seguirse cuando se envía al trabajador a realizar misiones laborales y la aplicación del principio de no discriminación en la esfera del trabajo para empresas de trabajo temporal, el Código de Trabajo contiene unas pocas limitaciones sobre la utilización de dichos contratos. El artículo 79, que regula las obligaciones de la empresa de trabajo temporal y del usuario, contiene la lista de conductas prohibidas, tanto para la empresa de trabajo temporal como para el usuario. En concreto, las prohibiciones más relevantes miran a prohibir al usuario la asignación al trabajador temporal de funciones laborales de un trabajador que está en huelga, y la prohibición de concluir un contrato de trabajo temporal para sustituir a los trabajadores despedidos por el usuario. Esta última prohibición estaba limitada en el tiempo en el Proyecto (30 días), aunque la disposición actual parece contener una prohibición absoluta. Probablemente, la regulación del Proyecto era más razonable, dado que dicha prohibición ilimitada denegaría, de algún modo, la posibilidad de que el usuario emplease trabajadores temporales para satisfacer

demandas funcionales y organizativas cambiantes, en caso de que hubiese trabajadores despedidos, incluso si el despido se debió a la necesidad de optimizar los costes operativos de la empresa.

En relación con el pago de la remuneración, el legislador ha optado por un modelo que combina caracteres de los modelos francés y alemán⁴⁵. Así, el trabajador temporal deberá tener derecho a la misma retribución que se paga a los trabajadores de la empresa usuaria, con excepción de los trabajadores temporales contratados por tiempo indefinido, a los que se puede pagar menos si también cobran el salario durante los períodos de inactividad (artículo 75.2 del LC 2016). Además, el artículo siguiente especifica que, en caso contrario, los trabajadores temporales contratados por una duración indefinida o fija pueden no recibir ninguna retribución durante el período de inactividad de sólo hasta 5 días al mes, y que el resto de días de inactividad el trabajador percibirá no menos que el salario mínimo gubernamental mensual, excepto cuando el trabajador se niegue a aceptar la asignación al usuario indicado.

Las últimas adiciones a la regulación de las relaciones de trabajo temporal prevén que sólo aquellas empresas de trabajo temporal que cumplan los criterios establecidos por el Gobierno pueden convertirse en empresarios, y por tanto, contratar trabajadores que enviarán a cumplir sus funciones laborales para otra persona (artículo 72.2 del LC 2016). Los criterios fueron establecidos por Decreto gubernamental⁴⁶, y se refieren a una gestión adecuada de la actividad económica (sin procedimiento concursal, sin deudas con las instituciones estatales o los trabajadores, y sin infracciones administrativas graves relacionadas con el funcionamiento de la empresa, y sin actividad relacionada con antecedentes penales). Este Decreto gubernamental será aplicable a partir de julio de 2018. En la actualidad, hay 119 empresas de trabajo temporal operando en el mercado de trabajo lituano⁴⁷.

Según los últimos datos estadísticos⁴⁸, se demuestra que este tipo de contrato está convirtiéndose en bastante popular en Lituania, precedido sólo por el contrato de duración determinada: una vez que entraron en vigor las disposiciones del Código de Trabajo, había más de 10 mil contratos de trabajo temporal estipulados (el 77% de los cuales se concluyó con una duración determinada), lo

⁴⁵ Sobre modelos de pago de la retribución, véase *The transformation of labour law in Europe. A comparative study of 15 countries 1945-2004*, ed. HEPPLÉ, B. y VENEZIANI, B., edit Hart Publishing (Portland, 2009), p. 67-69.

⁴⁶ LRV Nutarimas Nr. 151 (Decreto gubernamental núm. 151), (TAR, 2018-02-15, Nr. 2358).

⁴⁷ Para más información, visítase el sitio web de la Inspección estatal de Trabajo, en <https://www.vdi.lt/PdfUploads/LaikinasDarbasIMONES.pdf>

⁴⁸ Para estadísticas sobre nuevos contratos de trabajo julio-diciembre 2017, véase *supra*, nota 20.

que constituye el 3,3% de la totalidad de nuevos contratos de trabajo concluidos en el segundo semestre de 2017.

7. El contrato de duración determinada

El mercado de trabajo lituano se caracteriza por un nivel de segmentación bastante bajo (si se tiene en cuenta que casi el 98% de los trabajadores trabaja con un contrato de trabajo indefinido)⁴⁹, y la presencia bastante débil de los sindicatos y, en general, el bajo nivel de afiliación tanto de trabajadores como de empresarios. Tras la introducción de algunos nuevos tipos de contratos de trabajo y la modificación de los existentes, pueden advertirse algunas nuevas tendencias emergentes. En concreto, si el contrato indefinido todavía permanece como la forma predominante de relación laboral en el país (el 74% de la totalidad de nuevos contratos concluidos), el uso de formas de empleo atípicas está incrementándose. Por ejemplo, de acuerdo con los últimos datos estadísticos, puede advertirse que los contratos de duración determinada constituyen el 21% de la totalidad de nuevos contratos de trabajo concluidos en el último semestre de 2017⁵⁰.

La regulación de las relaciones laborales de duración determinada ha cambiado en el tiempo más de una vez. Los cambios se debieron también a la obligación de transponer la Directiva 1999/70/CE, relativa al acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada concluido por ETUC, UNICE y CEEP (en adelante: Directiva sobre el trabajo de duración determinada), que tiene el objetivo de asegurar la aplicación del principio de no discriminación a los trabajadores temporales y establecer un marco para prevenir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo temporales⁵¹. Además, los cambios más importantes en este tipo de contrato se realizaron por el nuevo Código de Trabajo, tras interminables y vívidas discusiones en 2016.

Este contrato de trabajo atípico ya existía durante los tiempos soviéticos —las leyes laborales del Código de 1972 permitían concluir contratos de duración determinada por un período de 3 años o para la ejecución de ciertos trabajos, o para la sustitución de un trabajador ausente⁵². Sin embargo, ya en esa época el contrato de duración determinada se consideraba como «limitador de los derechos de los trabajadores», y como un instrumento que podía puentear algunas exigencias

⁴⁹ Las estadísticas sobre personas ocupadas están disponibles en Statistics Lithuania: <https://osp.stat.gov.lt/statistiniu-rodikliu-analize?theme=all#/>

⁵⁰ Para estadísticas sobre nuevos contratos de trabajo julio-diciembre 2017, véase *supra*, nota 20.

⁵¹ Sobre la Directiva del trabajo de duración determinada, véase *supra*, nota 30.

⁵² Darbo įstatymų kodeksas (Código de Leyes laborales), (V.Ž. 1972, Nr. 18-137), artículo 22.

legales (por ejemplo, para extender el período de prueba)⁵³. Por eso, la utilización de dichos contratos cuando el trabajo era de naturaleza permanente se limitaba a los casos autorizados por la ley o cuando lo exigía el trabajador⁵⁴. Así, indirectamente, se exigían razones objetivas para concluir un contrato de duración determinada.

El contrato de trabajo de duración determinada puede concluirse para un cierto período de tiempo o para el período de ejecución de ciertos trabajos (artículo 67 del LC 2016). Uno de los cambios realizados por la última reforma laboral es la posibilidad de concluir un contrato de duración determinada incluso si el trabajo es de naturaleza permanente. Sin embargo, dichos contratos de duración determinada no constituirán más del 20% de todos los contratos de trabajo en vigor concluidos por el empresario (artículo 67 del LC 2016). Así, no hay indicios que muestren las «razones objetivas» justificadoras del término del contrato, al menos no para 1/5 de la mano de obra. En vez de ello, el legislador trata de limitar posibles abusos poniendo un techo numérico a la utilización de dichos contratos, al igual que en el caso del contrato de aprendizaje o del contrato para cantidad indefinida de trabajo (véase *supra*). De nuevo, a diferencia de otros casos en que el legislador indica expresamente que, en la hipótesis de violación de determinadas disposiciones legales, el contrato de duración determinada se convierte *ex lege* en un contrato indefinido, no hay indicaciones relativas a las consecuencias jurídicas si se excede este límite numérico. Así, dicha regulación da al empresario en la práctica la posibilidad de extender el período de prueba a algunos trabajadores nuevos. Sin embargo, la disposición podría aplicarse sólo a aquellas empresas que tengan 5 y más trabajadores, en las que contratar un único contrato temporal para la realización de un trabajo permanente excedería automáticamente el techo legal del 20%. Vale la pena mencionar que el Proyecto callaba sobre este punto. En vez de ello, el anterior Código de Trabajo contenía una disposición diferente, prohibiendo la conclusión de un contrato de duración determinada si el trabajo era de naturaleza permanente, excepto en aquellos casos en que lo previesen las leyes o los convenios colectivos (artículo 109 del LC 2002).

Otro aspecto revisado por el Código de Trabajo (artículo 68) afecta al propio término del contrato. El legislador ha diferenciado el término, dependiendo de las funciones laborales para las que el trabajador fue contratado. Consecuentemente, cuando el trabajador desarrolla las mismas funciones laborales, el término máximo, incluidas renovaciones y la conclusión de contratos de trabajo sucesivos, se limita a 2 años. Sin embargo, en el caso de diferentes y sucesivos contratos de duración determinada estipulados con el mismo empresario, pero para cumplir diferentes funciones laborales, el término máximo del contrato puede

⁵³ *Lietuvos TSR darbo įstatymų kodekso komentaras* (Comentario al Código lituano de Leyes laborales), edit. Mintis (Vilnius, 1988), p. 35.

⁵⁴ *Ibid.*

llegar a 5 años. Ambos términos (2 y 5 años) están sujetos a excepciones, cuando la persona es contratada para sustituir a un trabajador temporalmente ausente.

Así, en el momento presente, de las 3 medidas que tienen el propósito de prevenir abusos en los contratos de trabajo de duración determinada marcadas en la Directiva sobre el trabajo de duración determinada⁵⁵, el legislador lituano ha elegido solamente una, *i.e.*, la duración total máxima de dichas relaciones laborales.

La Directiva sobre el trabajo de duración determinada deja a los Estados miembros determinar dos elementos muy importantes del marco prevencionista del abuso, y en concreto, cuándo los contratos de duración determinada se considerarán «sucesivos» y cuándo se considerará el contrato como un contrato indefinido⁵⁶.

Con la reforma de la legislación laboral, el legislador lituano ha redeterminado la noción y las consecuencias jurídicas del uso de «sucesivos» contratos de duración determinada: si transcurren menos de 2 meses entre contratos de duración determinada, dichos contratos se considerarán sucesivos (artículo 68.1 del LC 2016). En consecuencia, la duración total de dichos contratos sucesivos no excederá el término máximo impuesto por la ley (2 ó 5 años).

El anterior Código de Trabajo preveía un período más corto (1 mes) entre contratos, pero contenía una consecuencia muy importante para prevenir el abuso: si, tras la expiración del término para el cual se concluyó el contrato de trabajo, el contrato no se prorroga o se extingue, y se concluye con el mismo empresario otro contrato de duración determinada para el mismo trabajo, entonces, a petición del trabajador, dicho contrato se consideraría como concluido por tiempo indefinido, con sujeción a excepciones previstas por las leyes o los convenios colectivos (artículo 111.3 del LC 2002). Así, como regla general, la conversión en un contrato indefinido se preveía *ex lege* en el caso de utilización de sucesivos contratos temporales, no necesariamente por incumplimiento de la exigencia relativa a la duración total máxima.

Sin embargo, el Proyecto propuso un período entre contratos más breve de 2 semanas, para evitar la aplicación de las reglas preventivas del abuso (artículo 67 del Proyecto). Dicha regulación habría sido incompatible con la jurisprudencia

⁵⁵ La cláusula 5 del Acuerdo anexo a la Directiva sobre el trabajo de duración determinada deja a los Estados miembros elegir una o más medidas para impedir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos temporales, entre las siguientes: (a) causas objetivas que justifiquen la renovación de contratos o relaciones de duración determinada; (b) la duración total máxima de sucesivas relaciones o contratos de duración determinada; (c) el número de renovaciones de dichos contratos o relaciones (Para la Directiva sobre el trabajo de duración determinada, véase *supra*, nota 30).

⁵⁶ *Ibid.*

del Tribunal de Justicia de la UE en el campo de la interpretación y la aplicación de las disposiciones de la Directiva sobre el trabajo de duración determinada⁵⁷.

El segundo elemento del marco de la UE para la prevención del abuso en las relaciones temporales, dejado a la discreción de los Estados miembros, se refiere a la conversión del contrato temporal en uno de duración indefinida. El legislador lituano ha identificado dos casos en que el contrato de duración determinada se transformaría en un contrato permanente. Primero, cuando las circunstancias que justifican la conversión del contrato para una duración definida deja de existir cuando la relación laboral está todavía en vigor. Sin embargo, esta disposición de salvaguarda es aparentemente no aplicable a aquellos trabajadores que tienen un contrato temporal incluso si el trabajo es de naturaleza permanente, cuando están comprendidos en la regla de la «excepción del 20%». Y segundo, cuando la duración total máxima del contrato temporal se excede. A diferencia de la regulación anterior, el período más breve de un día laboral (5 días laborales propuestos por el Proyecto, en su artículo 68.2), llamado «colchón», se introdujo en el Código de Trabajo (artículo 69).

Con la última revisión de la legislación laboral, otras disposiciones «menores» de la Directiva sobre el trabajo de duración determinada, relativas al principio de no discriminación de los trabajadores temporales y a la información sobre el trabajo, formación y oportunidades de ascenso de dichos trabajadores, se reformularon de modo más detallado (artículos 70-71 del LC 2016).

V. CONCLUSIONES

Durante las últimas tres décadas el Derecho del Trabajo lituano ha padecido algunas reformas importantes. Cada reforma orientada a modernizar la regulación laboral, a intentar seguir, de algún modo, las tendencias flexibilizadoras de la regulación global y europea, y a adaptar la legislación laboral nacional a la realidad de un trabajo cambiante en todo el mundo, que inevitablemente también refleja el mercado de trabajo lituano.

A través de cada importante revisión de la legislación laboral, se introdujeron algunos nuevos tipos de contrato de trabajo. Algunos tipos de contrato son la respuesta a las demandas de flexibilidad laboral, aunque, como demuestra la experiencia de otros países, la aplicación de estos contratos puede hacer surgir problemáticas diversas relacionadas con su uso.

⁵⁷ Entre otros, véase caso C-212/04, *Adeneler et al.* [2006] ECR I-06057; casos acumulados C-378/07 y C-380/07, *Kiriaki Angelidaki et al.* [2009] ECR I-03071.

A pesar del hecho de que el contrato de trabajo indefinido permanece como la forma de relación laboral predominante en el país (el 74% de todos los nuevos contratos de trabajo celebrados en el segundo semestre de 2017), está incrementándose el uso de contratos de trabajo atípicos. Aunque las relaciones laborales atípicas ocupaban antes sólo una pequeña parte del mercado de trabajo lituano (porcentajes reducidos), tras la última reforma de la legislación laboral esta porción ha crecido considerablemente, alcanzando el 26% de todos los nuevos contratos de trabajo celebrados. Una regulación revisada y, en algunos aspectos, más relajada provocó una gran popularidad de este tipo de contratos, que permanece en primera posición entre todos los contratos de trabajo atípicos, constituyendo un 21%.

Sin embargo, algunas cuestiones importantes permanecen sin respuesta. Así, corresponderá a la judicatura, espero que, en un futuro cercano, dar una respuesta sobre la interpretación y aplicación de las disposiciones relevantes del Código de Trabajo, que regulan los contratos de trabajo recientemente introducidos o revisados.

RECENSIONES DE LIBROS

[BOOK REVIEW]

O. RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale. Studio preliminare a partire da un'analisi comparata*, FrancoAngeli (Milán, 2018), 172 págs.

Tradicionalmente, para buena parte de la doctrina iuslaboralista española, el Derecho sindical italiano constituía el referente inesquivable a tener en cuenta cuando pretendían realizarse excursiones de Derecho colectivo comparado. Se admiraba en él la absoluta prevalencia de la autonomía sindical sobre la heteronomía estatal, especialmente en materia de huelga y conflictos laborales (continúa recordándose todavía, en España, la máxima italiana de que la mejor ley de huelgas es la que no existe); también, a nivel de empresa, la absoluta sindicalización de los órganos de representación unitaria de los trabajadores; y por supuesto, en el plano procesal, el artículo 28 del *Statuto dei lavoratori*, sin el cual resultaría incomprensible tanta y tanta literatura jurídica española, centrada en el asunto de la represión de las conductas antisindicales. Pero vino la crisis. Y con ella, ha acabado resultando evidente que el sindicalismo italiano está necesitado de una legislación «promocional» promulgada por el Estado, que le ayude a cumplir más eficazmente su función, que es —en Italia y en todas partes— la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores asalariados, aun cuando no se encuentren afiliados a ningún concreto sindicato. Éste viene a ser, en realidad, el *Leitmotiv* de la espléndida monografía comparatista (y además, de Derecho procesal laboral comparado) de la profesora RAZZOLINI, que consideraría injusto no jalearse doctrinalmente, en la que dicha querida y admirada colega (milanesa y genovesa) afirma no sólo que «el redescubrimiento del proceso en cuanto que momento fundamental para sostener y relanzar la acción sindical podría contribuir a revitalizar el papel del sindicato, combatiendo su declive», sino también que hay que moderar el impacto de las sucesivas reformas laborales italianas sobre la litigiosidad laboral individual, pues se trata de «reformas que han incidido profundamente sobre el interés y sobre la posibilidad efectiva de que los trabajadores concretos [y especialmente, los trabajadores precarios] recurran a la justicia para tutelar sus derechos».

Remontándose sobre el estado de cosas existente en Italia, la profesora RAZZOLINI busca trazas y rastros de la defensa procesal del «interés colectivo» (en cuanto que distinto no sólo del interés individual o plural, sino también del estricto interés sindical) en ordenamientos procesales laborales que considera comparativamente significativos. Y los encuentra en Francia, en España y en los Estados Unidos, en cuyos respectivos ordenamientos profundiza con un examen — en mi opinión, magistral— de las fuentes de conocimiento directas (leyes y decisiones judiciales), que sólo los grandes juristas comparatistas pueden atreverse a realizar. Respecto del ordenamiento francés, bucea en profundidades abisales, recordando que «se debe a una sentencia de la *Cour de Cassation, Chambres réunies*, de 5 abril 1913 la elaboración del concepto de interés colectivo de la profesión y el reconocimiento del derecho sindical de actuar en juicio para su

tutela», trazando luego el iter legal y jurisprudencial que ha desembocado en la norma positiva francesa vigente sobre el tema, que es el artículo L2132-3 del *Code du Travail*. En cuanto a España, nuestra autora se centra en el proceso laboral especial de conflicto colectivo, trazando —sin mácula— su historia desde el primer Decreto español de conflictos colectivos de 1962 («modelado claramente sobre la ley italiana de 3 abril 1926») hasta el artículo 154 de la vigente Ley española reguladora de la jurisdicción social de 2011, indicando —con cita muy precisa de concretas resoluciones judiciales laborales españolas— que «el sindicato debe demostrar la existencia de una relación cualificada entre el ámbito de ejercicio de la propia acción sindical y la pretensión que se hace valer ... o, incluso, de un cierto número de representaciones unitarias en la empresa implicada en el conflicto». Por lo que respecta al ordenamiento de los Estados Unidos, lo que afirma —siempre con examen muy preciso de las fuentes de conocimiento directas— es que «a diferencia de cuanto sucede en los ordenamientos francés y español, en el Derecho del Trabajo estadounidense se distingue entre acción de clase (*class action*) y acción colectiva (*collective action*), fundadas ambas en la iniciativa individual del trabajador concreto, no de la asociación sindical, y orientadas a tutelar una pluralidad de derechos individuales homogéneos de carácter sobre todo resarcitorio», habiendo penetrado este enfoque yankee en el Derecho de la Unión Europea y, como consecuencia de ello, también en el Derecho Mercantil italiano.

Por supuesto, la profesora RAZZOLINI no es ninguna filósofa del Derecho —en las Facultades de Derecho españolas todavía se recuerda la máxima de cierto gran filósofo-jurista italiano, poco convencional, relativa a que el Derecho no positivo o no positivizado está «*putacaso scritto nelle stelle*»—, sino una jurista positivista, que pretende tener en cuenta sus excursiones de Derecho comparado, a efectos de mejorar el Derecho positivo que mejor conoce, que es lógicamente el Derecho italiano. Confiesa que su intento transpositorio tiene un alcance modesto, pues en esta espléndida monografía suya «es posible sólo bosquejar algunas proyecciones procesales, que apliquen la hipótesis reconstructiva [del Derecho procesal laboral italiano] delineada». Todo lo ancla, como parece lógico, en el Derecho positivo italiano. Y para botón, una muestra. En ella, indica (en la pág. 148) que «con respecto a las formas de tutela y a los tipos de acción, el sindicato puede actuar para que se declare la violación o la aplicación no correcta de una norma legal o de un convenio colectivo, con la finalidad de obtener, por ejemplo, una orden del Juez que inhiba la prosecución de un determinado ilícito», con cita —para corporeizar esta conclusión— del ordenamiento positivo italiano, pues «la acción inhibitoria se propone para la tutela de “intereses colectivos de los consumidores” (artículo 140 del Cód[igo de los]Cons[umidores])».

Alberto Arufe Varela

F. CAVAS MARTÍNEZ, *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, Laborum (Murcia, 2018), 204 págs.

En mi opinión, los Catedráticos «conocidos» de nuestra disciplina lo son, en buena medida, por haber acabado teniendo su propio perfil investigador específico, que les hace brillar y, consecuentemente, les singulariza en el panorama publicista (tan abigarrado) en el que se dispersa lo que los alemanes llaman *Schriftum*, los norteamericanos *scholars*, y nosotros (y nuestros tribunales más altos) doctrina científica. En el caso del Profesor CAVAS MARTÍNEZ, su obra científica brilla *everywhere*, pero —siempre en mi opinión— lo que le convierte en un referente doctrinal incuestionable (con *auctoritas*) es su especialización en el conocimiento de la jurisprudencia social unificada de nuestro Tribunal Supremo, corporeizada en decenas y decenas de monografías y artículos de revista suyos, sobre dicha inesquivable fuente directa (de producción y de conocimiento) del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social españoles. Se trata de una especialización que ha acabado convirtiéndole, si se me permite la expresión, en un especialista «en universos», pues nadie puede discutir razonablemente el carácter transversal de las sentencias de unificación de doctrina que dicta la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo, supuesto que tocan no sólo todas las estructuras, sino también todas las instituciones en que se diversifica la hectárea (mejor que Área) de conocimiento que universitariamente viene cultivando el Profesor CAVAS MARTÍNEZ, querido y admirado colega Catedrático, en su Universidad de Murcia. Yo siempre admiré en él, además, su compromiso con el Derecho del Trabajo «en pie de guerra» (es así como me gusta llamar, tomando la frase en préstamo, al Derecho procesal laboral), presupuesto e infraestructura necesarios para poder encarar con éxito el análisis crítico y lúcido de las singulares fuentes de conocimiento recién citadas. A este perfil específico y característico, que tanto le individualiza entre nosotros, se adscribe esta nueva y espléndida monografía de autoría suya, sobre *Régimen jurídico del trabajador indefinido no fijo en el sector público*, que leí con sumo gusto en su día, y que desde entonces tanto me había apetecido reseñar.

Los cuatro Capítulos en que se estructura el libro («La estabilidad en el empleo público como regla general y sus excepciones», «El acceso al empleo público laboral», «La contratación laboral temporal en las Administraciones públicas y los remedios frente a su desviada utilización. El estatuto profesional del trabajador indefinido no fijo», «La extensión de la figura del indefinido no fijo a los dominios de la función pública») constituyen, en realidad, un entramado extraordinariamente bien tejido de doctrinas judiciales laborales y no laborales (como las contencioso-administrativas, aunque éstas sólo últimamente), lo que en modo alguno extraña, pues el protagonista estelar de esta obra del Profesor CAVAS MARTÍNEZ es una figura a calificar como de creación jurisprudencial pura y dura. Todo cuanto ha debatido nuestra jurisprudencia sobre el trabajador

indefinido no fijo se encuentra sistematizado en ella, con la precisión, la claridad y la agudeza (y yo diría, casi mejor, que con la acribia) caracterizadoras de quien viene ejerciendo exclusivamente la más alta docencia universitaria, desde hace ya muchos lustros. Pero no sólo hay esto en su monografía. La maestría en el manejo de las legislaciones funcionarial y presupuestaria, también abrumba en este precioso libro. Y todo ello, sin haberse olvidado de lo mucho y lo bueno que viene publicando sobre el tema nuestra doctrina científica. En relación con estos precedentes científicos, el Profesor CAVAS MARTÍNEZ discrepa de algunos planteamientos doctrinales previos al suyo, y no lo oculta. Pero lo hace con la delicadeza y finura jurídicas que caracterizaban las grandes polémicas doctrinales de tiempos pasados, que yo todavía sigo recordando, no cabiendo más remedio que concluir, precisamente por ello, que este libro —al igual que sucedía en el pasado— constituye el mejor acicate para animarse a seguir leyendo con fruición más doctrina científica.

Por supuesto, la reseña de una obra como ésta en un anuario de Derecho comparado del Trabajo está sobradamente justificada, aunque sólo sea para poner de relieve la anomalía que supone el hecho de que la jurisprudencia tan ejemplarmente estudiada en la misma carezca de referentes de todo tipo en la jurisprudencia del resto de países de nuestro entorno cultural más próximo, sean o no comparativamente significativos. De ahí todas las perplejidades del Tribunal de Luxemburgo cuando cayeron en sus manos, provenientes de España, asuntos sobre indefinidos no fijos, las cuales estudia con tanta amenidad el Profesor CAVAS MARTÍNEZ en el Capítulo penúltimo del libro. Suscribo las palabras finales de nuestro autor acerca de que en España ha habido una «tortuosa evolución jurisprudencial en torno a la naturaleza, efectos y extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla», y acerca de «la urgencia de una intervención legislativa», que incluyese, por ejemplo, «el deber de la Administración de crear y convocar las plazas en un plazo determinado, con una clara definición de las responsabilidades personales (disciplinaria, económica) que deben asumir, dándose ciertos requisitos, los gestores públicos que con su mala praxis son el origen de esta situación», aunque yo tampoco descartaría —en línea con alguna doctrina científica, que nuestro autor cita— la alternativa «radical», para cerrar definitivamente el asunto (dando incluso un portazo), de «declarar nula la contratación del trabajador con reconocimiento, en su caso, de una indemnización por daños y perjuicios como responsabilidad patrimonial de la Administración al trabajador de buena fe», sí, pero fraudulenta e ilegalmente (e incluso, inconstitucionalmente) contratado por ella.

Jesús Martínez Girón

N. ALIPRANTIS, *Les héritages cruciaux du XXe siècle aux sociétés d'aujourd'hui*, Harmattan (París, 2017), 298 págs.

En el panorama europeo de las ciencias sociales —en las que naturalmente se incluye el saber jurídico—, se encuentran muy pocas figuras con la multiplicidad de dimensiones y de áreas de interés que caracteriza el Profesor Nikitas Aliprantis. Griego por el nacimiento, es un verdadero ciudadano europeo que, además de otras actividades de gran relieve científico, ejerció su magisterio en dos instituciones prestigiosas (la Universidad de Estrasburgo, en Alsacia-Francia, y la Universidad Demócrito de Tracia, en Komotini, en el norte de la Grecia). Nacido en la histórica ciudad de Esparta, se graduó en la Universidad de Atenas y prosiguió después sus estudios doctorales en Alemania y Francia. Además del área a la que dedicó gran parte de su vida de docente e investigador universitario —el Derecho social—, tiene obra hecha y consagrada en múltiples otros ámbitos, particularmente la sociología y la teoría del Derecho. Sea cual sea la perspectiva en que se sitúe cada uno de los elementos de su producción teórica, ésta es, toda ella, marcada por un lúcido y profundo «sentido de lo social», por una notable capacidad analítica y por el ejercicio del «pensamiento crítico» en todas sus dimensiones, ambos atributos colocados al servicio de valores éticos radicales y de una permanente y juvenil insatisfacción ante las formas vigentes de organización de la vida social, económica y política. Estas características han matizado su relevante actuación durante más de una década como miembro del Comité Europeo de Derechos Sociales, al que corresponde el control del cumplimiento de la Carta Social Europea en el ámbito del Consejo de Europa. El cuadro de esta compleja y fascinante personalidad no quedaría, sin embargo, completo sin referirse al modo en que su sensibilidad social se alía a una espiritualidad religiosa muy viva y profunda, iluminando los caminos de su pensamiento y conduciéndole al inconformismo y al rechazo de evidencias convencionales.

Su obra más reciente, en lengua francesa, refleja vigorosamente los rasgos de este inusual perfil de pensador. En un título que podemos traducir libremente como los legados cruciales del siglo XX a las sociedades de hoy, se reúne en un volumen un conjunto de dieciséis ensayos, divididos en tres partes: «Problemas de sociología general», «Problemas de sociología económica» y «Problemas de sociología del trabajo y de los derechos sociales». Cuando se encara en su conjunto esta obra —producto característico de un espíritu inquieto e inquisitivo—, la primera nota que se destaca es la sorprendente variedad de los temas abordados. La gran panorámica que el libro ofrece se abre con el análisis de las relaciones entre la sociología y la filosofía, atravesando las cuestiones ambientales, los dramas de la inmigración en Europa, la eutanasia y el suicidio

encarados como problemas sociales, la exploración neocolonial de África y la observación crítica de la evolución actual del capitalismo, para, finalmente, desembocar en el área más directamente del Autor, que es la de los problemas del trabajo y de los derechos sociales. La gran panorámica que el libro ofrece se abre con el análisis de las relaciones entre la sociología y la filosofía, atravesando las cuestiones ambientales, los dramas de la inmigración en Europa, la eutanasia y el suicidio encarados como problemas sociales, la exploración neocolonial de África y la observación crítica de la evolución actual del capitalismo, para, finalmente, desembocar en el dominio preferencial del Autor, que es lo de los problemas del trabajo y de los derechos sociales. La segunda nota que, considerada globalmente, esta colección de reflexiones suscita se refiere a la profunda honestidad intelectual con que todos los temas, en su inmensa diversidad, son tratados: la profusa información empírica y la riqueza de las fuentes bibliográficas utilizadas (no raramente desde una perspectiva crítica) confieren a cada uno de estos ensayos una densidad y una credibilidad raras, sin perjuicio del efecto demostrativo que en ellos se busca producir, y del valor de denuncia enfática que varios asumen.

La crítica al pensamiento económico dominante —que recorre prácticamente todo el libro— se desarrolla en torno a varios ejes, pero es notorio que el autor se motivó, principalmente, por los efectos traumáticos y claramente disfuncionales de las medidas de «rescate» que alcanzaron a Grecia y otros países europeos, en el marco de la crisis económica y financiera desencadenada en 2008. Las intervenciones de la troika, según Aliprantis, ignoraron postulados fundamentales que deben estar presentes en el diseño de estrategias capaces de redundar en restricciones de los derechos sociales fundamentales: «cada medida debe ser, por un lado, necesaria —en el sentido de que no tendría ninguna alternativa— y, por otro lado, apropiada al fin perseguido— (p. 190). Después de presentar y analizar, a la luz de estos postulados, algunas de las medidas determinadas por la troika en el caso de Grecia, el autor concluye que las medidas impuestas y puestas en práctica «no sólo son inverificables e incontrolables en cuanto a su carácter necesario y apropiado, pero se muestran también ineficaces y, sobre todo, profundizan el déficit de los países endeudados y dejan sumida en la miseria a la gran mayoría de la población, con desprecio por los derechos sociales, 'como si estos derechos no existieran— (p. 193).

En la tercera parte del volumen, dedicada a los «problemas de sociología del trabajo y de los derechos sociales» —y donde se cruzan aquellas que suponemos ser las perspectivas de interés dominante para el Autor— se aborda en profundidad el conjunto de los fenómenos modernos que conducen a la desvalorización del trabajo, a su «marginalización como valor social» y a la erosión de los «derechos del trabajo», fenómenos como la fragmentación de la empresa y la «nebulosidad de las relaciones de trabajo», la difusión de los regímenes de flexibilidad laboral, entre los cuales se refieren especialmente el

trabajo parcial y los contratos de duración determinada, acompañados de un fuerte incremento de la intensidad del trabajo.

Una evidencia que Aliprantis subraya como punto de partida para consideraciones acerca del patrón —a continuación referido— que designa por «trabajo-derecho subjetivo», es que la libertad de empresa, entendida en su pureza, implica no sólo poderes de creación, organización y decisión sobre el futuro de la empresa, sino también la asunción plena de los riesgos económicos, teniendo como contrapartida los beneficios. En la opinión del Autor, buena parte de los instrumentos y de las políticas adoptadas en la gestión del trabajo por las empresas tiende a la transferencia del riesgo de empresa a los trabajadores. Se califica así el recurso al trabajo a tiempo parcial en combinación con el trabajo en alternancia o con el trabajo a la llamada, así como los regímenes que autorizan contratos de duración determinada, incluso de duración mínima, y variable adaptada a las horas y períodos de punta de la actividad de la empresa (p. 241). Se amplían los poderes y se reducen las responsabilidades de los empleadores, al tiempo que se crea la «confusión sobre la noción de empresario». Apuntando a la exigencia ética, social y económica del «restablecimiento del trabajo-derecho subjetivo», el Autor define esta meta por rasgos que se condensan «en un trabajo cuya duración es suficientemente larga y estable para que su remuneración pueda permitir la cobertura, de modo satisfactorio, de las necesidades vitales del trabajador». El que se considera, en consecuencia, el *standard* necesario de referencia para la actuación de los Estados y de los organismos internacionales competentes incorpora una doble exigencia que, de hecho, es una sola con dos aspectos complementarios: «la obligación constitucional del legislador ordinario de determinar como regla general el régimen del trabajo a tiempo completo y de duración indeterminada» y «la prohibición constitucional de la legalización de formas de trabajo que pongan en cuestión o incluso excluyan los medios regulares de subsistencia» (p. 223). Las contingencias de vario orden de que depende la evolución de las legislaciones nacionales ponen en un plano sobresaliente —en cuanto a la posibilidad de desarrollo y efectividad de dicho patrón de referencia— las adquisiciones del ordenamiento jurídico internacional en lo que se refiere al reconocimiento y la garantía de los derechos sociales, tema al que Aliprantis dedicó buena parte de su bibliografía y de su actividad jurisprudencial (en el marco del Comité Europeo de Derechos Sociales, antes mencionado). Reina, como se sabe, en ese terreno el prejuicio acerca de la naturaleza y del valor de la afirmación de los derechos sociales, como derechos humanos que son: se les atribuye el estatuto de «parientes pobres» de los derechos civiles y políticos, se les niega la naturaleza de verdaderos derechos, se duda de su invocabilidad y de su aplicabilidad directa, aunque sea suficientemente claro y concreto su diseño. En este plano, Aliprantis reconoce un importante potencial a los tribunales nacionales, pero condicionado por la aceptación (muy rara) del carácter vinculante de los compromisos internacionales de los Estados que ratifican convenios como la Carta Social Europea —compromisos a menudo remitidos al cajón de los documentos proclamatarios o

programáticos— y del papel integrador de las decisiones y conclusiones de los órganos encargados del control del cumplimiento de dichos compromisos. A este respecto, subraya que «el significado de los actos de estos órganos es manifiestamente jurisdiccional y, por lo tanto, cualquiera que sea su denominación, las decisiones pueden ser invocadas ante los jueces internos y deben formar parte de la motivación de las sentencias» (p. 239).

Si queremos definir en pocas palabras la naturaleza de esta obra de Nikitas Aliprantis, debemos reconocer en ella, entre otras valencias, una clamorosa denuncia de las múltiples perversiones en que se ha desentrañado la evolución reciente del sistema capitalista; es también, en esta perspectiva, un grito de alerta contra el conformismo y el fatalismo que se han instalado en las conciencias de muchos ciudadanos europeos, ante desarrollos de la cultura y de las prácticas políticas dominantes que degradan y desvalorizan los derechos sociales fundamentales, elemento central de una civilización europea . Por lo demás, la imagen personal de Nikitas Aliprantis que tenemos más marcadamente grabada en el espíritu —y que se renueva, con los mismos contornos y matices, a cada oportunidad de encuentro— es la de un sabio que, incansablemente, busca reunir a su alrededor colegas y discípulos para con ellos agitar problemas e incertidumbres. Lo ha hecho a menudo durante su período de Komotini, en el extremo noreste de Grecia, al promover encuentros científicos internacionales de gran calidad. Lo hará siempre que la oportunidad y los medios se lo permitan. Sin embargo, en su mirada brilla todavía, a veces, entre nubes de aprehensión e inconformismo, la utopía de una sociedad más justa y menos perversa.

António Monteiro Fernandes

Conocí al Prof. Dr. Dr. *h.c.* Eberhard EICHENHOFER con ocasión de un Congreso celebrado en Atenas y organizado por el Instituto Europeo de Seguridad Social, cuando él era Catedrático de la Universidad de Jena, Estado federado de Turingia. Evidentemente, ni se acordará de mí, aunque yo le recuerdo muy bien, pues me formuló una pregunta en inglés, que debí responderle en esa misma lengua. Este manual es su herramienta docente en la Facultad de Derecho de dicha Universidad alemana, en donde se jubiló hace ahora poco más de tres años, aunque siga profesando en ella con la condición de Catedrático emérito. El prólogo de este manual suyo de Derecho de la Seguridad Social (como es sabido, *Sozialrecht* no puede traducirse como «Derecho social», sino como «Derecho de la Seguridad Social») es muy interesante. Habla en él de una tradición manualística alemana, que se remonta al Tratado de Derecho de la Seguridad Social de Georg WANNAGAT, antiguo Presidente del Tribunal Federal de Seguridad Social, que califica de obra espléndida, aunque de uso limitado para los estudiantes de una Facultad de Derecho, precisamente por causa de su condición de verdadero «tratado [*Lehrbuch*]». Pues bien, una rama de ese viejo y sólido tronco doctrinal es este manual suyo, cuya décima edición —que es la que yo brevemente reseño aquí— apareció publicada en 2017, con un tamaño, una presentación (negrita y marginales incluidos) y una sistemática más acordes con su utilización por parte de los estudiantes universitarios (índices incluidos, no llega a las trescientas cincuenta páginas). Se trata de una obra estructurada en dos grandes partes, cada una de las cuales paso a reseñar brevemente.

La primera se rotula «Fundamentos [*Grundlagen*]». En ella, aborda seis grandes grupos de cuestiones generales, algunas de ellas marcadoras de los múltiples contextos en que se desarrolla y se mueve el Derecho positivo alemán de la Seguridad Social, respectivamente relativas a lo siguiente: 1) «Concepto, objeto y sistema [*Begriff, Gegenstand und System*]»; 2) «Historia del Derecho de la Seguridad Social [*Geschichte des Sozialrechts*]»; 3) «Importancia económica y futuro del Derecho de la Seguridad Social [*Wirtschaftliche Bedeutung und Zukunft des Sozialrechts*]»; 4) «Dimensiones internacionales del Derecho de la Seguridad Social [*Internationale Dimensionen des Sozialrechts*]»; 5) «Constitución y Derecho de la Seguridad Social [*Verfassung und Sozialrecht*]»; y 6) «Posición del Derecho de la Seguridad Social en el sistema jurídico [*Stellung des Sozialrechts im Rechtssystem*]». Ofrece una doble «definición» de lo que entiende por esta concreta rama del ordenamiento jurídico, pareciendo justo reproducir aquí la primera de ellas (que pone el acento en «sus características [*seine Eigenschaften*]»), según la cual «el Derecho de la Seguridad Social puede definirse como el conjunto de todas

las reglas jurídicas que ... disciplinan el otorgamiento a los particulares de las prestaciones públicas de servicios, en especie o dinerarias con una finalidad de previsión, para compensar frente a un perjuicio, para promover la formación profesional o la aceptación de un trabajo, o en caso de necesidad» (pág. 11).

La segunda parte, que es —con mucho— la más extensa de la obra, trata del «Sistema del Derecho de la Seguridad Social [*System des Sozialrechts*]», comenzando por exponer las fuentes del Derecho y abordando dentro de este concreto subepígrafe el tema clave de la «Codificación del Derecho alemán de la Seguridad Social [*Kodifikation des deutschen Sozialrechts*]», indicando que «desde los años 70 del siglo pasado el legislador alemán logra la codificación del conjunto del Derecho de la Seguridad Social en un Código: el Código de la Seguridad Social [*Sozialgesetzbuch*]». Lógicamente, la sistemática del manual es aquí totalmente subsidiaria de la sistemática a que obedece el propio Código, aunque —pensando en cómo suelen estructurarse muchos manuales españoles de Derecho de la Seguridad Social— yo destacaría tres aspectos, que me parecen más especialmente noticiables. En primer lugar, el de que los asuntos procedimentales y procesales preceden a la exposición del Derecho sustantivo, sobresaliendo el hecho de que la jurisdicción de Seguridad Social es una jurisdicción totalmente separada de la jurisdicción laboral —a diferencia de lo que sucede en España—, lo que contribuye a realzar la autonomía (incluso científica) que tiene en Alemania el Derecho de la Seguridad Social. En segundo lugar, el de que la Seguridad Social contributiva alemana esté construida sobre cinco pilares, tratados en otros tantos subepígrafes de esta segunda parte de la obra, relativos a «Aseguramiento de pensiones [*Rentenversicherung*]», «Aseguramiento de la enfermedad [*Krankenversicherung*]», «Aseguramiento de la dependencia [*Pflegeversicherung*]», «El aseguramiento legal del accidente de trabajo [*Die gesetzliche Unfallversicherung*]» y la «Promoción del empleo [*Arbeitsförderung*]». En tercer lugar, el de que aborde un asunto que en España no consideraríamos propio del Derecho de la Seguridad Social, pero que en Alemania posee una gran tradición (muy condicionada, todo hay que decirlo, por los desastres de las dos guerras mundiales en que el entonces llamado «Imperio» alemán se vio involucrado). Me refiero a lo que el Profesor EICHENHOFER, en línea con el grueso de la doctrina científica alemana, denomina «*Recht der sozialen Entschädigung*» (págs. 236 y ss.). Acepto, por supuesto, la traducción de la misma efectuada por los Profs. BRECHT-HEITZMANN, ARUFE VARELA y MARTÍNEZ GIRÓN (cuya ideación yo viví en primera persona), según los cuales ha de hablarse aquí de «Derecho de la reparación extraordinaria de Seguridad Social».

Iván Vizcaíno Ramos

REVISTA DE REVISTAS

[REVIEW OF REVIEWS]

- **NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 194 (2017)**

M. O. MARTÍN RODRÍGUEZ, «Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español», págs. 239-278.

Resumen: «La limitación del tiempo de trabajo no es un aspecto novedoso, desde la revolución industrial el tiempo dedicado al trabajo se ha reducido de manera constante gracias al movimiento reivindicativo de la clase obrera. A nivel internacional y europeo han sido dictadas varias normas que han regulado el tiempo de trabajo. La Unión Europea consciente de la incidencia que tiene el tiempo de trabajo sobre la salud y seguridad de los trabajadores dictó una Directiva en 1993 relativa a la ordenación del tiempo de trabajo, objeto de posterior modificación en 2003. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido que interpretar en gran número de ocasiones la Directiva sobre tiempo de trabajo para poder resolver algunas controversias planteadas».

- **NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 196 (2017)**

F. PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL y M. A. GARCÍA RUBIO, «El control empresarial sobre las comunicaciones electrónicas del trabajador: criterios convergentes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», págs. 41-54.

Resumen: «La inspección empresarial de las comunicaciones electrónicas realizadas por los trabajadores a través de herramientas puestas a su disposición para el desarrollo de la relación laboral da lugar al conocido conflicto entre el poder de dirección y vigilancia del empresario y los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los trabajadores. Tras ser una cuestión abordada inicialmente por la jurisdicción ordinaria, en los últimos años tanto el Tribunal Constitucional español como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han tenido ocasión de emitir pronunciamientos sobre esta controversia –el más reciente, la STEDH de 12 de enero de 2016, dictada en el asunto Bărbulescu v. Rumanía–. Con ocasión de esta última Sentencia, el objetivo del presente análisis es exponer, con fines comparativos, los criterios de razonamiento aplicados por una y otra Corte jurisdiccional en la resolución de los asuntos que, en esta materia, se han sometido por el momento a su consideración».

- **NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 199 (2017)**

E. M. BLÁZQUEZ AGUDO, «El fomento de los planes de pensiones del sistema de empleo en el Reino Unido. Hacia una obligación empresarial», págs. 97-118.

Resumen: «La nueva realidad demográfica, que ha llevado al aumento del número de pensiones de jubilación, provoca graves ineficiencias en el sistema público de la Seguridad Social. En los distintos Estados se están endureciendo las condiciones de acceso a la protección, de modo que para alcanzar la tasa de sustitución entre salario y pensión es preciso que los trabajadores complementen sus aportaciones. En este contexto, en algunos países se están probando nuevos sistemas complementarios. En el Reino Unido a la vez que se reforman las pensiones de jubilación atendiendo al principio asistencial, se ha introducido un sistema de aportación obligatoria a los planes de pensiones que gestionan las empresas. El análisis de esta regulación es el objeto de este estudio con el fin de poner en evidencia posibles alternativas futuras aplicables en nuestro sistema».

- **NUEVA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 203 (2017)**

G. PENSABENE LIONTI, «La lucha contra el trabajo no declarado en el marco del Derecho de la Unión Europea: la experiencia italiana del "voucher" entre flexibilidad y seguridad», págs. 45-64.

Resumen: «Se propone un análisis crítico de la compleja materia del "trabajo sumergido", examinando sus notas básicas y los efectos negativos que este fenómeno produce en el ámbito europeo. Se hacen constar las insuficiencias de la norma legal, con especial atención a la legislación laboral italiana sobre los "voucher", y se proponen algunos cambios para asegurar un *minimum* de tutela jurídica a las actuales formas de trabajo "no declarado", "irregular" o "informal", que siguen obstaculizando las políticas económicas, sociales y presupuestarias orientadas al crecimiento del empleo en Europa».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 10 (2017)**

S. BARCELÓN COBEDO, «La Incorporación a la Seguridad Social del Trabajo No Remunerado del Hogar: La Experiencia Ecuatoriana», págs. 229-247.

Resumen: «El trabajo versa sobre la Ley ecuatoriana de inclusión en la Seguridad Social de las personas que se dedican de forma exclusiva al cuidado del hogar, utilizándola como pretexto para reflexionar sobre el fundamento de esta inclusión, así como acerca de los caracteres de la misma en lo que se refiere a los sujetos protegidos, a la afiliación y a la cotización, a las contingencias y a las prestaciones que se dispensan. Debido a la singularidad de esta inclusión, bajo el perfil profesional, muchos elementos de las adscripciones clásicas han debido ser adaptados lo que hace que el trabajo se detenga en ellos y en su forma de

aplicación concreta, destacando los elementos más complejos, conflictivos o polémicos».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 11 (2017)**

I. VIZCAÍNO RAMOS, «El interés comparatista del contencioso portugués de los accidentes de trabajo. Acerca de la jurisprudencia más reciente sobre el tema del Supremo Tribunal de Justicia Portugués», págs. 227-234.

Resumen: «Si comparado con el ordenamiento jurídico español, el ordenamiento jurídico portugués posee una regulación muy detallada y actualizada del régimen jurídico de los accidentes de trabajo. Este trabajo analiza las peculiaridades del contencioso portugués de los accidentes de trabajo. Analiza también la más reciente jurisprudencia del Supremo Tribunal de Justicia portugués sobre el tema, centrando el análisis en los supuestos de responsabilidad agravada del empresario y en los supuestos de accidente de trabajo *in itinere*».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 12 (2017)**

M. SILVEIRO DE BARROS, «La protección social por dependencia en Portugal. Un estudio de derecho comparado, comunitario europeo e internacional», págs. 203-221.

Resumen: «En materia de protección social de la dependencia, Portugal es un Estado sujeto no sólo al artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sino también al artículo 23 de la Carta Social Europea. Portugal, sin embargo, sólo cumple aparentemente o formalmente los dos preceptos recién citados. Ello se debe a que las normas reguladoras del tema en el ordenamiento portugués de seguridad social son, de un lado, una promulgada en 1999, sobre incapacidad permanente; y de otro, una norma de 2006, sobre asistencia sanitaria».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 13 (2017)**

J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La Primera Orden Ejecutiva del Presidente Donald Trump sobre Derecho de la Seguridad Social», págs. 231-238.

Resumen: «La primera Orden Ejecutiva promulgada por el Presidente Donald Trump es justamente su primera Orden Ejecutiva sobre Derecho de la Seguridad Social. Se trata del primer paso para derogar la legislación sanitaria del Presidente Obama, popularmente conocida como *Obamacare*. Tras seis meses de debates parlamentarios, el Senado de los Estados Unidos, frustrando el propósito

de dicha Orden Ejecutiva, acaba de paralizar la derogación de la legislación en cuestión».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 13 (2017)**

C. SANZ SÁEZ, «La puerta abierta al cheque servicio en España», págs. 239-255.

Resumen: «El objetivo de este artículo es analizar y ofrecer una alternativa para la organización de la protección social del servicio doméstico, así como para su acción protectora y posibilidades de financiación, todo ello planteado desde una perspectiva comparada y crítica, además de una visión general de la situación de la seguridad social para el trabajo doméstico, principalmente en dos países europeos: España y Francia. La alternativa propuesta en esta investigación es el denominado Sistema Cheque Servicio, existente en varios países europeos, tomando como modelo específico el Cheque empleo servicio universal (en adelante CESU), vigente en Francia en la actualidad. En este sentido, España y Francia suponen dos modelos muy diferentes de organización, las respuestas a sus necesidades se desarrollan con distintos modelos sociales como solución a la necesidad creciente de dar cobertura legal adecuada a las personas ocupadas del servicio doméstico, pues mientras que España es un ejemplo de cuidados “domésticos”, Francia ha desarrollado una política de profesionalización de esos cuidados. Sin embargo, como se pretende ilustrar en el artículo, estos modelos no sólo responden a la consideración de profesionalización, sino a otras preocupaciones y fenómenos sociales, como las relaciones de género, las migraciones internacionales, la segmentación del mercado de trabajo y las políticas de empleo, donde el sistema Cheque Servicio es perfectamente compatible con las condiciones del trabajo doméstico en España, ya que tiene como objetivo prioritario, regularizar esta situación, impulsando, promoviendo o poniendo en marcha iniciativas tendentes a regularizar este trabajo, ya que, en nuestra regulación actual sobre éste sector, puede encontrarse la dificultad en la agilización de los trámites, información a las partes, así como una elevada tasa de contratos informales, por lo que sería aconsejable implantar métodos que animen a facilitar la adhesión a la Seguridad Social, dignificando así ésta profesión».

- **REVISTA DE DERECHO SOCIAL, NÚM. 80 (2017)**

F. M. ORTIZ GONZÁLEZ CONDE, «¿Hacia el reconocimiento de un derecho subjetivo a la seguridad social en la Constitución Española? Un análisis jurídico desde la experiencia italiana», págs. 85-109.

Sumario: 1. Introducción; 2. La constitucionalización de la Seguridad Social; 2.1. La diversidad de interpretaciones de la doctrina académica; 2.2. La doctrina constitucional acerca de un modelo de Seguridad Social; 3. La

configuración del Estado Social en España e Italia; 4. La eficacia jurídica del derecho prestacional de Seguridad Social; 4.1. La intervención de la Corte Constitucional italiana y las «*sentenze adittive*»; 4.2. Los principios rectores de la política social española; y 5. Conclusiones.

- **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 45 (2017)**

M. SERRANO ARGÜESO, «El permiso de paternidad en Noruega ¿Un espejo en el que España ha de mirarse?», págs. 492-521.

Resumen: «El presente estudio aborda la regulación del permiso de paternidad en Noruega y el éxito de esta medida en la implicación de los hombres en el cuidado de los hijos e hijas. A continuación, se realiza una comparación con la regulación propia más reciente sobre el mismo permiso en España a fin de valorar el porqué del fracaso de esta medida en la sociedad española y poder identificar buenas prácticas para una nueva y adecuada proyección del mismo en nuestro país».

- **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 45 (2017)**

K. BERMÚDEZ ALARCÓN, «La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Duque vs. Colombia: derechos pensionales de pareja del mismo sexo», págs. 523-535.

Resumen: «La sentencia del caso Ángel Alberto Duque vs. República de Colombia, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 26 de febrero de 2016, refiere a la negación de la pensión de sobrevivientes que hizo un fondo de pensiones a un homosexual debido a que para el momento en que él solicitó esa prestación, la ley colombiana no permitía que parejas del mismo sexo recibieran este tipo de derecho. El demandante interpuso acción de tutela en la que indicó que por ser una persona portadora de VIH y no obtener pensión de sobrevivientes quedaría sin servicio de salud; la sentencia de tutela y la decisión de impugnación consideraron que la tutela no era el medio procedente para reclamar este derecho y que el demandante debía acudir a la jurisdicción ordinaria. El señor Duque no acudió a la vía judicial ordinaria, pese a lo cual, la Corte Interamericana consideró que él sí había agotado los recursos internos en tanto, frente a derechos como la vida y la integridad personal, el Estado colombiano ha manifestado que la acción de tutela es el mecanismo adecuado para la protección inmediata de derechos fundamentales y por ello, en la medida que el señor Duque acudió al fondo de pensiones y este le negó la pensión y los jueces de tutela consideraron que debería acudir a los medios judiciales ordinarios, esto constituía un agotamiento de los recursos jurisdiccionales internos. Durante el trámite de la petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, antes de que se profiriera el

Informe de Admisibilidad, el Estado colombiano informó a la Comisión que hubo un cambio en el ordenamiento jurídico porque a partir de la sentencia de la Corte Constitucional C-338 de 2008, las parejas del mismo sexo sí tienen derecho a la pensión de sobrevivientes y por ello, era razonable que a partir de ese momento, el Señor Duque acudiera al fondo de pensiones para solicitar la pensión conforme a la jurisprudencia y por ello, no estaban agotados los recursos internos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que Colombia es responsable internacional por negar la pensión de Ángel Alberto Duque desde 2002, en tanto, con esto se viola el derecho a la igualdad y no discriminación previsto en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A su vez, en la medida que la jurisprudencia colombiana evolucionó dentro del trámite del caso, permitiendo el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes para parejas del mismo sexo, la Corte consideró que no contaba con elementos para encontrar una violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades. Además, no encontró que Colombia fuera responsable frente al derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial porque no pudo concluir que no existan recursos efectivos ni que las actuaciones de las autoridades judiciales afligieran la protección judicial del señor Duque. Así como, Tampoco declaró la responsabilidad del Estado colombiano de la violación de los derechos a integridad personal y a la vida porque no se demostró que el señor Duque hubiera sufrido afectación en su salud o que el Estado le haya dejado de proveer asistencia médica».

- **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 45 (2017)**

B. CORNELL, «La Corte Americana establece el acceso de los sindicatos y rechaza la posición de las Corporaciones», págs. 546-552.

Resumen: «El 26 de febrero de 2016 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una decisión reconociendo el estatus especial de los sindicatos y la importancia de los derechos colectivos de los trabajadores en el continente americano de acuerdo a la Opinión Consultiva OC 22. El caso fue iniciado por Panamá al requerir una opinión conforme al artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sobre la interpretación y el alcance del artículo 1 (2) en relación con otros artículos en la Convención. El artículo 1 de la Convención se refiere a los derechos y libertades de las “personas”. El artículo 2 clarifica que “para los propósitos de la Convención”, ‘persona’ significa cada ser humano”. El corazón de la interrogante fue si las personas jurídicas o no humanas, incluyendo los sindicatos y las empresas, cumplen con la definición de persona como se señala en el artículo 1 (2) y si ellos tienen legitimidad para estar ante la Corte en su propio nombre o en representación de sus miembros o de personas naturales. La Corte decidió que los sindicatos tienen esa legitimidad, pero con las limitaciones establecidas en el específico lenguaje del Protocolo de San Salvador, y que las empresas no tienen derecho de acceso ante el Sistema Interamericano».

- **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 45 (2017)**

O. ZAS, «La titularidad de derecho de huelga en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia Argentina», págs. 553-575.

Resumen: «La Corte Suprema de Justicia de Argentina dicta la sentencia del Caso Orellano donde establece que la titularidad del derecho de huelga le pertenece a una asociación sindical y no a los trabajadores o a un grupo informal de trabajadores. En el presente comentario se formula una serie de críticas a la referida sentencia judicial».

- **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 46 (2017)**

C. MESA LAGO, «Envejecimiento, empleo, salarios, gasto social y seguridad social en Cuba», págs. 463-490.

Resumen: «Cuba es el país más envejecido en América Latina y este proceso, unido a las reformas económicas estructurales que comenzaron en 2007 hasta el presente, ha tenido resultados sociales adversos en el bienestar social. El ensayo documenta de manera sólida y analiza los efectos de esos dos factores sobre el empleo, el salario real, la desigualdad en el ingreso, las pensiones, la sanidad, la educación, la vivienda, la pobreza y la asistencia social. Termina con las conclusiones y posibles políticas».

- **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 46 (2017)**

G. A. DE LAS FUENTES LACAVEX, A. SÁNCHEZ SÁNCHEZ y M. A. DE LA CONCEPCIÓN LACAVEX BERUMEN, «Omisión del legislador en la reforma de 2012 a la Ley Federal del Trabajo en México», págs. 491-513.

Resumen: «El trabajo de equipo o de grupo es una forma de organización común en el desempeño de una actividad subordinada. Pero no solamente los equipos que por razón de las actividades laborales se organizan por los patrones, sino los equipos de trabajadores que laboran juntos, en función de sus conocimientos, capacidades, habilidades y actitudes, que se contratan en como grupo. En México, la falta de normatividad laboral que regule esta forma de contratación, deja a un número muy grande de trabajadores en desventaja jurídica, por lo que se propone reforma la Ley Federal del Trabajo e incluir esta forma de trabajo».

- **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 47 (2017)**

M. MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, «La vigilancia electrónica en el contexto laboral europeo y estadounidense: perfilando el derecho a la protección de datos en el trabajo», págs. 399-443.

Resumen: «De las oportunidades que brindan las NTIC en la gestión del capital humano, en el ámbito laboral, vienen las no pocas preocupaciones en lo que respecta a la protección de datos de los trabajadores y su intimidad, en general, y en el caso de la vigilancia electrónica, en particular. Además, nos enfrentamos a nuevos retos tendentes a equilibrar, por un lado, los derechos fundamentales de los trabajadores, y, por otro, los intereses legítimos del empresario. Sin embargo, podemos observar dos modelos divergentes en torno a la cuestión de la protección del trabajador en el entorno tecno-digital: el de la *privacy* americana y el de la protección de datos europea. El presente artículo analiza la regulación normativa y los desarrollos jurisprudenciales, en clave comparatista, en Europa y en Estados Unidos, completando el análisis y proponiendo soluciones jurídicas en virtud de la analogía y del principio *favor libertatis*».

- **REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 47 (2017)**

L. KARIME ÁNGEL, S. CATALÁ RUBIO y D. A. BARRAGÁN RONDEROS, «Evolución y desarrollo del cooperativismo: una mirada desde la perspectiva histórica para su implementación como estrategia de paz», págs. 444-463.

Resumen: «El trabajo es el principal factor de integración social, por tal razón el hombre para el desarrollo de su vida necesita desarrollar actividades que se conviertan en su sustento y el de su familia, y siendo un componente de la sociedad aporta al avance económico de la misma, revirtiéndose en un Estado que promueve la participación democrática y la solidaridad. Una alternativa entre la empresa pública y la privada, es que las personas se organicen y se una para lograr un mismo fin, que se convierte en la satisfacción de necesidades económicas comunes, a través por ejemplo de la figura jurídica del cooperativismo, que ha jugado un papel muy importante en el desarrollo en grandes potencias económicas, pueda convertirse en un instrumento de paz en la fase de post acuerdo que afronta la nación colombiana, para impulsar el campo y una economía solidaria».

- **TEMAS LABORALES: REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL, NÚM. 136 (2017)**

S. BINI, «Para-subordinación y autonomía. El derecho del trabajo italiano en transformación», págs. 49-72.

Resumen: «En el presente trabajo se propone una reflexión crítica sobre la *vexata quaestio* de la delimitación conceptual de fronteras entre trabajo subordinado y trabajo autónomo en el Derecho del trabajo italiano, tras la reciente reforma del *Job's Act*, que ha – *inter alia* – introducido una nueva regulación de las “colaboraciones” para-subordinadas, caracterizadas por la organización del “*committente*” (cliente). También a la luz del proyecto de reforma del trabajo autónomo no empresarial y del así llamado “*smart working*”, numerosas y heterogéneas son las cuestiones hermenéuticas que merecen ser consideradas, cumpliendo con la noción típica de subordinación y, por lo tanto, con la misma esencia del Derecho del trabajo».

- **TEMAS LABORALES: REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL, NÚM. 137 (2017)**

H. BARRETTO GHIONE, «Problemas internacionales y particularidades regionales de la gobernanza del trabajo», págs. 40-50.

Resumen: «La gobernanza del trabajo es una de las cuatro conversaciones sobre la iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo, una propuesta que lanzó el Director General de la OIT en su Memoria de la 104ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en 2015. El término convoca a reflexionar sobre el lugar que la regulación del trabajo y el tripartismo ocupa en el actual desarrollo de las relaciones laborales, así como las modalidades que ha adquirido en ciertos países latinoamericanos (que se califican como “gobernanza desde el gobierno”) y las tensiones que se perciben en la actividad normativa y de instancia de control asumida por el organismo mayor de Gobernanza: la OIT».

- **TEMAS LABORALES: REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL, NÚM. 137 (2017)**

M. C. GAJARDO HARBOE, «El futuro del trabajo en Chile: la gobernanza del trabajo», págs. 51-68.

Resumen: «Para comprender la gobernanza del trabajo en un país es preciso retroceder en la historia de sus instituciones, que aportan elementos propios y permiten proponer un futuro de gobernanza más eficiente. Sobre las instituciones ya existentes no parece prudente la adopción de soluciones globales ni menos la eliminación de las estructuras de gobernanza estatal en Chile, porque han funcionado adecuadamente, aun cuando puedan ser perfectible; y las erosiones que el sistema exhibe en materia de negociación colectiva y sistema de pensiones dicen relación con modelos especiales y particulares. Distinto es el escenario tratándose de nuevas problemáticas, como es el caso de los trabajadores autónomos y los trabajadores migrantes, en que hay ausencia de gobernanza estatal y son asuntos que están surgiendo en el mundo globalizado, de modo tal que la experiencia comparada y el apoyo técnico que puedan brindar organismos como la OIT

resultan fundamentales. En la realidad chilena el diálogo social aun es moderado, dándose cuenta en el presente trabajo de algunas experiencias de diálogo social bipartito en materia de negociación colectiva. En definitiva, la cuestión de la gobernanza del trabajo no tiene una única respuesta dentro de un país como Chile y con certeza tampoco la tendrá en el mundo, por más globalizado que lo enfrentemos hoy».

- **TEMAS LABORALES: REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL, NÚM. 137 (2017)**

N. ELKIN, «Revisión de normas internacionales del trabajo: análisis crítico de las decisiones sobre temas indígenas y propuesta para una acción en la Conferencia Internacional del Trabajo (2018)», págs. 69-90.

Resumen: «En el marco del más reciente de los periódicos procesos de debate general y de revisión de normas que se llevan a cabo en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, el presente estudio aborda el estado de la cuestión en relación al tratamiento de los pueblos y las poblaciones indígenas. Muy especialmente respecto de los Convenios 107 (1957) y 169 (1989), como consecuencia de la posibilidad de ser sometidos a los nuevos procesos de derogación por pérdida de objeto o eficacia».

- **TEMAS LABORALES: REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL, NÚM. 137 (2017)**

P-H. CIALTI, «El derecho a la desconexión en Francia: ¿Más de lo que parece?», págs. 163-181.

Resumen: «Frente a la importancia y a los desafíos que representa el uso de las herramientas digitales en las relaciones de trabajo, la ley francesa n° 2016-1088 de 8 de agosto de 2016 relativa al trabajo, a la modernización del diálogo social y a la protección de las trayectorias profesionales introduce un derecho a la desconexión para los trabajadores. Una primera aproximación conduce a poner este nuevo derecho en el ámbito de las relaciones verticales entre empleadores y trabajadores. Naturalmente, se refiere a ellas, pero va más allá y toma en consideración tanto los comportamientos individuales al margen de una relación jerárquica, como la organización colectiva en la empresa que permite justamente diluir dicha relación. El propósito de este trabajo reside, por lo tanto, en analizar el contenido y el proceso de implementación de este derecho a la desconexión que otorga un papel central a la negociación colectiva. Ahora bien, de forma previa, resultará oportuno enmarcar la actuación legal en la experiencia convencional y en la existencia de informes que inspiraron en gran medida el contenido de la ley».

- **TEMAS LABORALES: REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL, NÚM. 139 (2017)**

A. JEAMMAUD, «La “Reforma Macron” del Código del Trabajo Francés», págs. 13-54.

Resumen: «La llegada al poder del nuevo Presidente de la República se tradujo en la adopción de una importante reforma anunciada del Código del Trabajo. El objeto de este texto no consiste en realizar una valoración pormenorizada de las Ordenanzas de septiembre de 2017, sino de esbozar un panorama general y crítico tanto de su contenido como de su proceso de adopción, y de apreciar las principales medidas previstas para implementar el programa presidencial. Entre ellas, se abordan especialmente las modificaciones destinadas a “reforzar” la negociación colectiva, las que proceden a la recomposición de la representación del personal y las que flexibilizan el régimen relativo a las condiciones de extinción de los contratos de trabajo».

- **TEMAS LABORALES: REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL, NÚM. 139 (2017)**

J. CAVALCANTI BOUCINHAS FILLO, «La reforma laboral de 2017 y la negociación colectiva en Brasil», págs. 159-180.

Resumen: «El objetivo del presente trabajo es analizar la negociación colectiva en Brasil tras la reforma laboral de 2017. La metodología utilizada ha sido tanto el análisis del texto legal, así como de los pronunciamientos judiciales relacionados con el mismo, teniendo presentes asimismo las elaboraciones doctrinales realizadas al respecto».

- **TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 26 (2017)**

J. CABEZA PEREIRO, «Acerca de la Ley Sindical británica de 2016», págs. 14-20.

Resumen: «El Parlamento del Reino Unido ha aprobado una polémica Ley Sindical en mayo de 2016. Esta ley responde a una parte del programa con el que el Partido Conservador se presentó a las elecciones de 2015. En su planteamiento, recuerda las leyes sindicales aprobadas durante la época de Mrs. Thatcher: mayores restricciones al derecho de huelga y a la acción de los sindicatos, como organizaciones que restringen el libre mercado. Sin embargo, la nueva ley tiene cierta inclinación autoritaria de la que carecían sus precedentes. Aunque debe reconocerse que las circunstancias políticas que han rodeado su tramitación han provocado que el Gobierno hiciera ciertas concesiones sobre los aspectos más conflictivos. Está por ver si en el futuro próximo el Gabinete de Mrs. May retomará sus propuestas más ambiciosas».

- **TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 26 (2017)**

F. BANO y A. VALENTI, «La movilidad del trabajo “*low cost*”: el caso de Cerdeña», págs. 21-32.

Resumen: «El ensayo profundiza en las cuestiones jurídicas planteadas por un reciente fenómeno que se ha producido en Italia y en Europa, con especial atención a la región de Cerdeña. Se trata de la movilidad transnacional de los trabajadores, realizada aplicando la normativa UE en materia de desplazamiento. Las empresas italianas, sobre todo en el sector del turismo y la hostelería, utilizan el desplazamiento como instrumento para importar temporalmente mano de obra barata de otros Estados de la UE. Se analizan los instrumentos jurídicos que legitiman formalmente el uso del desplazamiento para este propósito y se identifican cuáles pueden ser las maneras más eficaces para combatirlo, a partir de la Directiva 2014/67/UE “Cumplimiento” y de la propuesta de Directiva de 2016».

- **TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 26 (2017)**

P. NIETO ROJAS, «Los acuerdos marco internacionales como una manifestación de la negociación colectiva en red», págs. 67-76.

Sumario: 1. La negociación colectiva en las empresas transnacionales: la extensión de sus efectos a terceros no firmantes; 2. La emergencia de nuevas unidades de negociación: la cadena de valor como ámbito de acción sindical; 3. La creación de estructuras transnacionales de representación; 4. Algunas breves reflexiones finales.

- **TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 27 (2017)**

L. MORENO LISO y N. E. RAMOS MARTÍN, «El trabajador autónomo económicamente dependiente en la Unión Europea: aspectos laborales y mercantiles», págs. 65-78.

Sumario: 1. Introducción; 2. Clasificación de los autónomos en el marco europeo; 3. La definición de autoempleo; 4. Régimen común profesional del autoempleo; 5. El trabajador autónomo económicamente dependiente; 6. Competencia de la jurisdicción laboral; 7. Conclusiones.

- **TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 28 (2017)**

ACDCT, VOL. X (2018), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 213-230

D. LANTARÓN BARQUÍN, «Estándares laborales internacionales en la era de la globalización», págs. 57-72.

Resumen: «La expresión “trabajo decente” ha venido a adquirir protagonismo frente a la referencia a los derechos humanos laborales, participando de un núcleo común y demandando posiblemente una labor de depuración terminológica. Más allá de estas expresiones, es evidente la existencia de estratos o niveles laborales diferenciados con cierta correspondencia, entre otros elementos, con áreas geográficas a nivel mundial. Unas diferencias dinámicas que generan un mundo que a modo de superficie basculante determina unos flujos económicos, una ágil dinámica empresarial, y una más compleja y lenta dinámica jurídica para equilibrar, alcanzar y reconducir aquélla. Aquellos conceptos, la globalización y algunos de sus elementos como las cadenas mundiales de suministro o las Zonas Francas Industriales, y los más importantes mecanismos normativos internacionalmente diseñados para acompañar mejoras económica y social, son objeto de análisis en la presente reflexión que toma como elementos de referencia insoslayables las Declaraciones de la OIT relativas a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa, los Principios Ruggie y, en la UE, la normativa sobre el informe extra financiero y los tratados de inversión objeto de negociación con Canadá y Estados Unidos».

• **TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 28 (2017)**

J. LAHERA FORTEZA, «Límites europeos a la autorización administrativa del despido colectivo: comentario a la STJUE de 21 de diciembre de 2016», págs. 73-76.

Sumario: 1. El contexto de esta sentencia en la importante jurisprudencia europea en despidos colectivos; 2. Contraste del sistema de autorización administrativa de despido colectivo con la Directiva 98/59 y las libertades económicas europeas: límites; 3. Impacto de esta jurisprudencia europea en el debate político español sobre el despido colectivo.

• **TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 29 (2017)**

M. L. BIRGILITO, «El trabajo en la era de la “*gig-economy*”: una aproximación desde una perspectiva internacional», págs. 75-87.

Sumario: 1. El trabajo en la globalización neoliberal; 2. La economía digital como ocasión de expansión del mercado y sus reglas; 3. El trabajo de la era de la *gig-economy*, *el crowdwork* y el trabajo a demanda *vía-apps*; 4. La relación laboral entre el trabajador y la plataforma y las prácticas fraudulentas. El caso Uber;

5. Un trabajador bajo la dependencia y el control de la plataforma; 6. La unilateralidad del empresario en la definición de las condiciones laborales; 7. El despido como último acto del autoritarismo del poder privado; 8. La precariedad de las condiciones laborales de los trabajadores *pay-as-you-go*; 9. La descolectivización del trabajo en el mundo del *crowdwork*; 10. La caja de Pandora de la nueva economía. ¿Es posible decodificarla utilizando herramientas viejas?

• **TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 30 (2017)**

F. ALEMÁN PÁEZ, «El derecho de desconexión digital: una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “*Loi Travail N° 2016-1088*”», págs. 12-33.

Resumen: «El presente estudio aborda los derechos de conexión y desconexión digital desde tres aproximaciones analíticas. Primero se examinan los factores materiales y contextuales del paradigma digital y su marco institucional y regulador. Luego se lleva a cabo un examen pormenorizado de los aspectos sustantivos y procedimentales que rigen el derecho de desconexión (“*droit à la déconnexion*”) recientemente regulado por el ordenamiento francés a través de la *Loi Travail No 2016-1088*. Finalmente, dada la inexistencia de un concepto definitorio, se aborda una propuesta teórico-conceptual de los elementos identificativos de dicha figura jurídica».

• **TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 30 (2017)**

E. BLÁZQUEZ AGUDO, «La condición de la búsqueda de trabajo como elemento principal de la protección por desempleo en el Reino Unido», págs. 56-73.

Resumen: «Este estudio tiene por objeto el análisis del modelo de protección por desempleo del Reino Unido, construido sobre principios asistenciales, en el tema concreto de su interacción con el fomento de la búsqueda de trabajo por parte de los desempleados. En tiempos recientes, se ha producido una importante reforma en este ámbito que consiste en el paso de la clásica diferenciación entre dos niveles de protección (contributivo y no contributivo) a la integración del segundo en una prestación de renta mínima, donde se pone el énfasis en la carencia de rentas más que en la propia situación de desempleo. La búsqueda de empleo no solo se exige a los desempleados, sino también a los beneficiarios de las rentas mínimas que desarrollan una actividad laboral, pero perciben salarios insuficientes, con el fin de conseguir mejores condiciones laborales. Este elemento ha sido el fundamento que ha dirigido la reforma recién implantada, todavía en etapa transicional».

• **TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 33 (2017)**

O. HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, «Los retos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en los momentos actuales. Perspectiva latinoamericana», págs. 15-22.

Resumen: «Los países latinoamericanos no conforman una realidad homogénea desde el punto de vista social económico y político. Sin embargo, el proceso de formación histórica y cultural determinó factores comunes, los cuales permiten hacer análisis generales sobre su realidad. En el campo del Derecho del Trabajo, a estos factores se une la existencia de fuentes comunes que influyeron en el proceso de su consolidación a mediados del Siglo XX... específicamente las legislaciones chilena y mexicana de 1930 y los Convenios de la OIT. En el presente artículo se analiza la realidad que presenta en la actualidad del Derecho del Trabajo en América Latina y los principales retos que debe enfrentar en un contexto caracterizado por una dinámica contradicción entre las tendencias flexibilizado ras y garantistas, por severos problemas de eficacia de la legislación, por una gran presencia de trabajo informal y de trabajo autónomo tutelados, por un gran déficit en la seguridad social, por la debilidad del movimiento sindical y por dificultades en adaptar la legislación a las nuevas formas de organización del trabajo y a las nueva tecnologías».

• **TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 33 (2017)**

M. A. ESTEVE SEGARRA, «Claves para un estatuto de los becarios y la mejora de los períodos de prácticas académicas a partir del análisis de los "stages" franceses», págs. 23-28.

Resumen: «El trabajo analiza, desde una perspectiva de Derecho comparado, los *stages* franceses o estancias de formación, que, en su acepción más estricta, son períodos de prácticas en empresas en educación universitaria. El Derecho francés mediante sucesivas reformas ha creado un estatuto de los *stagiaires* mediante el reconocimiento de una serie de derechos. Entre las idiosincrasias del Derecho francés, se instituye un derecho de gratificación cuando la duración es al menos de 2 meses y se limita la duración máxima del tiempo de prácticas aplicando los mismos topes de jornada de los trabajadores. El ordenamiento galo introduce limitaciones para evitar el uso desviado de estas prácticas no laborales como pseudoempleos, entre ellos destacan dos prohibiciones: primera, que está topado el número de *stagiaires* en función de los efectivos; y segundo, se ha prohibido utilizar una sucesión de estudiantes en prácticas para un mismo puesto sin un período de carencia».

• **TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 33 (2017)**

O. FOTINOPOULOU BASURKO, «La transposición de la Directiva 2014/67/UE al derecho español: la modificación de la Ley 45/1999 sobre desplazamiento de trabajadores», págs. 60-68.

Sumario: 1. Introducción; 2. Modificaciones operadas sobre el art. 2 de la Ley 45/1999, sobre definiciones como preámbulo a la regulación de los mecanismos de cooperación internacional en los intercambios de información y ejecución de multas administrativas ante los incumplimientos en materia de desplazamiento de trabajadores; 3. Modificaciones operadas en relación con la comunicación de los desplazamientos; 4. Novedades en relación con la obligación de comparecencia y de conservación y aportación de documentación; 5. Refuerzo «legal» de las funciones en materia de inspección a partir del sistema indiciario relativo a las empresas reales y la noción de trabajador desplazado: nada nuevo bajo el sol; 6. Actualización de normas obsoletas; y 7. Conclusión.

• **TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 35 (2017)**

L. DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, «Coordinación europea en materia de seguridad social: reglas de funcionamiento y principios aplicables», págs. 56-68.

Sumario: 1. La coordinación de sistemas de seguridad social como vía prioritaria de intervención de la Unión Europea; 2. Normativa aplicable; 3. Ámbito de aplicación de la normativa de coordinación; 4. Los principios rectores de la coordinación de sistemas de seguridad social.

• **TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 36 (2017)**

A. TODOLÍ SIGNES, «La formación dual en Holanda: ¿Hacia un contrato para la formación y el aprendizaje en las universidades?», págs. 47-60.

Resumen: «La incorporación de la formación dual a España es uno de los buques insignia del Gobierno en su lucha contra el desempleo juvenil. Sin embargo, muchas son las críticas que ha recibido por parte de la doctrina desde su iniciación. En este estudio se presenta el modelo de formación dual y el contrato para el aprendizaje en Holanda. Un país que sin seguir el modelo clásico de formación dual alemán ha conseguido el reconocimiento de las instituciones internacionales y europeas de excelencia en la formación profesional. El objetivo del trabajo busca complementar nuestro propio sistema de formación dual con aquellas experiencias que pudieran adaptarse a nuestro país».

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

*[ACTIVITIES OF THE RESEARCH INSTITUTE OF THE CORUNNEAN
ASSOCIATION OF COMPARATIVE LABOR AND SOCIAL SECURITY
LAW]*

CRÓNICA DEL «XII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO, SOBRE “LA PROTECCIÓN DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES EN EUROPA Y EN LOS ESTADOS UNIDOS”»

[CHRONICLE OF THE «XIITH INTERNATIONAL CONGRESS ON COMPARATIVE LABOR LAW, ABOUT “THE PROTECTION OF THE IRREGULAR IMMIGRANTS IN EUROPE AND IN THE UNITED STATES”»]

Con cumplimiento estricto de su periodicidad anual, se celebró el 25 y 26 de enero de este corriente año 2018 el XII Congreso Internacional de Derecho Comparado del Trabajo, coorganizado por el Instituto de Investigación de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social y la Escuela coruñesa de Relaciones Laborales y Recursos Humanos, con la colaboración inestimable de la Consellería de Economía, Empleo e Industria de la Xunta de Galicia, el Consorcio de Turismo del Excmo. Ayto. de A Coruña y la Universidad de A Coruña. El tema a tratar fue el de «La protección de los inmigrantes irregulares en Europa y en los Estados Unidos», un tema de rigurosa actualidad y máximo interés para los laboristas españoles, pero también para nuestros colegas llegados de diferentes partes de Europa y de los Estados Unidos. Como marca la tradición de este Congreso, sus sesiones tuvieron lugar en dos jornadas de tarde, celebradas en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, que vio como sus más de 100 localidades de asiento se quedaban cortas para acoger al numeroso público asistente.

El Congreso fue inaugurado el día 25 de enero por el Profesor Jesús VÁZQUEZ FORNO, Decano de la Facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos y los codirectores del Congreso, los Profesores Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA. Las ponencias académicas que se defendieron en esta primera sesión vespertina fueron cuatro: la de los Profesores portugueses António MONTEIRO FERNANDES y Luisa TEIXEIRA ALVES, del ISCTE-Instituto Universitario de Lisboa, rotulada «La protección de los inmigrantes irregulares en Portugal»; la del Profesor Luca NOGLER y la doctoranda Giulia MERLO, de la Universidad de Trento, quienes disertaron sobre el tema de «La protección de los inmigrantes irregulares en Italia»; la de los Profesores austríacos Günther LÖSCHNIGG y Nora MELZER-AZODANLOO, de la Universidad de Graz, relativa a «La protección de los inmigrantes irregulares en Austria»; y la de la Profesora Ivana VUKOREPA, de la Universidad de Zagreb,

acerca de «La protección de los inmigrantes irregulares en Croacia». Al finalizar la sesión un nutrido grupo de estudiantes aprovecharon para abordar a los ponentes, a quienes plantearon dudas e inquietudes acerca del contenido de sus ponencias, acreditando la pujanza de las mismas entre nuestros jóvenes alumnos.

La jornada del día 26 comenzó con la defensa de las comunicaciones académicas presentadas al Congreso, destacando a Tania ENRIQUEZ FEITO y Ariadna MONJE AMOR, de la Universidad de A Coruña, con un riguroso estudio acerca de «La protección de los inmigrantes irregulares en Gran Bretaña», y también, a la italiana Maria Teresa AMBROSIO hablando acerca de «Inmigración y discriminación en el mercado del trabajo italiano». Sin solución de continuidad pasamos a las ponencias académicas, a cargo de la Profesora Kristina M. CAMPBELL, de la Universidad del Distrito de Columbia-Washington, D. C., quien habló sobre «La protección de los inmigrantes irregulares en Estados Unidos»; del Profesor Holger BRECHT-HEITZMANN, de la Universidad Politécnica de la Agencia Federal de Empleo en Schwerin, acerca de «La protección de los inmigrantes irregulares en Alemania»; y, por último, la más singular de todas las ponencias académicas, que se corresponde con la bautizada como «ponencia española», y que merece una mención aparte por corresponder su presentación y defensa a los estudiantes de las Facultades de Derecho y de Relaciones Laborales y Recursos Humanos de nuestra Universidad de A Coruña. Bajo el título «La protección de los inmigrantes irregulares en España», casi medio centenar de estudiantes agrupados en seis equipos desgranaron con detalle las fuentes reguladoras del tema en el ordenamiento jurídico español, con especial detenimiento en los aspectos más controvertidos de las relaciones laborales individuales, de las relaciones laborales colectivas y de la protección social, tanto contributiva como no contributiva. Al efecto, cada uno de los grupos desarrolló su exposición con el apoyo de un power point redactado íntegramente en inglés, idioma que alternaban con el castellano en la exposición oral, y que sirvió para transmitir de manera pedagógica y eficaz el contenido objeto de estudio. No puede extrañar que el grueso de los aplausos que jalonaron la celebración de las dos jornadas se lo llevase precisamente ese nutrido grupo de muy jóvenes e innovadores ponentes, estudiantes de nuestras dos Facultades coruñesas.

Correspondió el honor de clausurar este encuentro científico al Decano Jesús VÁZQUEZ FORNO y a los co-directores del Congreso, los Profesores Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, quienes agradecieron especialmente al equipo humano de la Facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos su implicación y total apoyo, tanto económico como organizativo, lo que permitió sacar adelante con toda dignidad, pero también con sobriedad, un evento de esta magnitud. También quisieron agradecer su contribución al Consorcio de Turismo del Excmo. Ayto. de A Coruña, pieza clave a la hora de resolver la intendencia de alojamiento de todos nuestros ponentes. Por

último, agradecieron muy especialmente la colaboración del Conselleiro de Economía, Emprego e Industria de la Xunta de Galicia, D. Francisco José CONDE LÓPEZ, quien con su aportación económica contribuyó decisivamente para garantizar la celebración de un encuentro internacional de este nivel.

En la segunda parte de este acto de clausura, tomó la palabra el Decano de la Facultad de Relaciones Laborales y Recursos Humanos de A Coruña, quien hizo gala de su verbo fácil para despedir el evento con un discurso cercano y emotivo, reiterando su compromiso con la próxima edición del Congreso, emplazando tanto a ponentes como a estudiantes y familias a seguir engrandeciendo este encuentro con su participación y asistencia. También aprovechó el Profesor Jesús VÁZQUEZ FORNO para poner de relieve lo excepcional de ver a más de cuatro decenas de estudiantes exponiendo de manera bilingüe, con soltura e ingenio, la ponencia que les había sido asignada por el comité organizador. Y, por supuesto, emplazó a los asistentes a la celebración, en 2019, del XIII Congreso Internacional coruñés de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social, que traerá a nuestra ciudad, con el mismo formato fresco y dinámico, un tema de máxima actualidad: «La discriminación por razón de sexo en el empleo en Europa y en los Estados Unidos».

Iván Vizcaíno Ramos

COEDICIÓN DE LIBROS

[*COEDITION OF BOOKS*]

— J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Deporte profesional degenerado. Un estudio sobre feminismo radical*, Atelier (Barcelona, 2017), 157 págs. ISBN: 978-84-16652815. Prólogo de M. CALVO IBARLUCEA (págs. 11-13).

PARTICIPACIÓN EN CONGRESOS INTERNACIONALES DE MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN

*[PARTICIPATION IN INTERNATIONAL CONGRESSES BY THE
MEMBERS OF THE ASSOCIATION]*

— **Comunicación** de A. ARUFE VARELA sobre «Las singularidades procedimentales y procesales de la declaración de incapacidad permanente en los Estados Unidos», en el **I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social sobre «Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación»** (Madrid, 19 y 20 octubre 2017); Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

— **Ponencia** de J. MARTÍNEZ GIRÓN sobre «El sistema de protección social de las personas dependientes en Alemania», en el **Seminario Internacional sobre Sistemas Europeos de Protección Social de la Dependencia**; Madrid, 18 mayo 2017; Universidad Rey Juan Carlos.

— **Comunicación** de J. MARTÍNEZ GIRÓN sobre «¿Habría que suprimir la competencia de los tribunales laborales para conocer de los pleitos sobre determinación del grado de la incapacidad permanente?», en el **I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social sobre «Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación»** (Madrid, 19 y 20 octubre 2017); Asociación Española de Salud y Seguridad Social.

