



universidad
de león



REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN



Facultad de Derecho

2023

11
número



universidad
de león



REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Revista de la Facultad de Derecho
Universidad de León

11

2023

ISSN: 1137-2702

Revista Jurídica de la Universidad de León
Facultad de Derecho
Universidad de León
Campus de Vegazana, s/n
24071 León (España)

revistajuridicaule@unileon.es
Soporte técnico: journals@unileon.es
© Universidad de León, Área de Publicaciones
© Los autores

I.S.S.N: 1137-2702 (Ed. impresa)
I.S.S.N: 2529-8941 (Internet)
Depósito Legal: LE-196-1997
Editada por el Área de Publicaciones de la Universidad de León

EQUIPO EDITORIAL

PRESIDENTE

SALVADOR TARODO SORIA
Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de León

DIRECTOR

JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

SECRETARIA

NIEVES ALONSO GARCÍA
Historia del Derecho
Universidad de León

CONSEJO DE REDACCIÓN

Miguel Ángel Alegre Martínez

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de León

Nieves Alonso García

Profesora Ayudante Doctor de Historia del Derecho. Secretaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de León
Universidad de León

Aurelia Álvarez Rodríguez

Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad de León

Fernando de Arvizu y Galarraga

Catedrático de Historia del Derecho
Universidad de León

Miguel Díaz y García Conlledo

Catedrático de Derecho Penal. Presidente de la Junta Electoral de la Universidad de León. Presidente del Comité de Apelación de la Real Federación Española de Fútbol
Universidad de León

María Angustias Díez Gómez

Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad de León

Juan Francisco Escudero Espinosa

Profesor Titular de Derecho Internacional Público. Vicedecano de Ordenación Académica y Estudiantes de la Facultad de Derecho
Universidad de León

Juan José Fernández Domínguez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Coordinador del Master en Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de León
Universidad de León

Roberto Fernández Fernández

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Director del Departamento de Derecho Privado y de la Empresa. Coordinador del Máster de Ciberseguridad de la Facultad de Derecho de la Universidad de León

Universidad de León

Javier Fernández-Costales Muñiz

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Vicedecano de Calidad y Relaciones Institucionales. Director de la Revista Jurídica de la Universidad de León

Universidad de León

Antonio García Amado

Catedrático de Filosofía del Derecho

Universidad de León

Piedad González Granda

Catedrática de Derecho Procesal

Universidad de León

Pilar Gutiérrez Santiago

Catedrática de Derecho Civil. Secretaria General de la Universidad de León

Universidad de León

Mercedes Martínez Reguera

Responsable de la Biblioteca de la Facultad Derecho

Universidad de León

María Teresa Mata Sierra

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario. Directora del Departamento de Derecho Público

Universidad de León

Tomás Alberto Quintana López

Catedrático de Derecho Administrativo. Procurador del Común de Castilla y León

Universidad de León

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de León

Salvador Tarodo Soria

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de León

Universidad de León

COMITÉ CIENTÍFICO

José João Abrantes

Catedrático de Derecho del Trabajo. Magistrado del Tribunal Constitucional de Portugal

Universidad Nova de Lisboa (Portugal)

Stefano Bellomo

Ordinario di Diritto del Lavoro

Università di Roma Sapienza

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano

Catedrático de Derecho Civil. Socio Fundador del Estudio Jurídico Bercovitz-Carvajal

Universidad Autónoma de Madrid (España)

Carlos Bernal Pulido

Catedrático de Filosofía del Derecho
Macquarie Law School Sydney (Australia)

José Manuel Busto Lago

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de A Coruña (España)

Alfonso Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III. Madrid (España)

Rafael Calvo Ortega

Catedrático Emérito de Derecho Financiero
Académico de Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Expresidenta del Tribunal Constitucional
Universidad Complutense de Madrid (España)

Adoración Castro Jover

Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad del País Vasco (España)

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Decano de la Facultad de Derecho
Universidad de Murcia (España)

Luis E. Chiesa

Catedrático de Derecho Penal. Director del Buffalo Criminal Law Center
State University of New York (SUNY), (Buffalo-EE.UU.)

Ricardo Colín García

Director del CU
Universidad Autónoma del Estado de México (Texcoco, México)

Santos Coronas González

Catedrático de Historia del Derecho
Universidad de Oviedo (España)

Mariano Cubillas Recio

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Valladolid (España)

Francisco Fernández Segado

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid (España)

Federico F. Garau Sobrino

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Islas Baleares (España)

Benjamín González Alonso

Catedrático Emérito de Historia del Derecho
Universidad de Salamanca (España)

Luis Greco

Catedrático de Derecho Penal
Universität Augsburg (Alemania)

Luis Jimena Quesada

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia (España)

Gyorgy Kiss

Professor in Labour Law and Social Security Law. Dean of the Faculty of Law
National University of Public Service Hungary (Budapest, Hungría)

Dionisio Llamazares Fernández

Catedrático Emérito de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Complutense de Madrid (España)

Diego Manuel Luzón Peña

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá (Madrid, España)

Pilar Maestre Casas

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca (España)

Manuel Jesús Marín López

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha (España)

Philippe Martin

Directeur de Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (COMPTRASEC)
Université Bordeaux (Francia)

Marco Mocella

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Mercatorum de Roma (Italia)

Inés Olaizola Nogales

Catedrática de Derecho Penal
Universidad Pública de Navarra (España)

Joan Oliver Araujo

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Islas Baleares (España)

José Manuel Otero Lastres

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Alcalá (España)

José Manuel Paredes Castañón

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Oviedo (España)

Benjamín Rivaya García

Catedrático Acreditado de Filosofía del Derecho
Universidad de Oviedo (España)

Andrés Rodríguez Benot

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España)

Antonio Vicente Sempere Navarro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Magistrado del Tribunal Supremo
Universidad Rey Juan Carlos (España)

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Catedrático de Derecho Penal
Universidad EAFIT (Medellín, Colombia)

Gustavo Suárez Pertierra

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Nacional a Distancia (España)

Marina Vargas Gómez Urrutia

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Nacional a Distancia, UNED (España)

Luis Antonio Velasco San Pedro

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid (España)

Leandro Vergara

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Javier de Vicente Remesal

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Vigo (España)

EVALUADORES DE LA REVISTA

Manuela Abeleira Colao

Profesora Colaborador Doctor
Universidad CEU San Pablo

Henar Álvarez Cuesta

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

Tamara Álvarez Robles

Profesora Contratada Interina de Derecho Constitucional
Universidad de Vigo

María Jesús Ariza Colmenarejo

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

Alejandra Boto Álvarez

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

David Carrizo Aguado

Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad de León

David Casas Agudo

Profesor Titular de Derecho Financiero
Universidad de Granada

Oscar Celador Angón

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado. Miembro del Consejo del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"
Universidad Carlos III de Madrid

Óscar Contreras Hernández

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha

Luis Mariano Cubillas Recio

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Valladolid

Juan Damián Moreno

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

Javier Fernández-Costales Muñiz

Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

Paz Francés Lecumberri

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Penal
Universidad Pública de Navarra

Mercedes Fuster Gómez

Profesora Titular de Derecho Financiero
Universidad de Valencia

Marta García Mosquera

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal
Universidad de Vigo

Yolanda García Ruíz

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Valencia

Marta González Aparicio

Profesora de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de León

Piedad González Granda

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de León

Francisco Javier Hierro Hierro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura

Luis Jimena Quesada

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia (España)

Leticia Jericó Ojer

Profesora de Derecho Penal
Universidad Pública de Navarra

David Lantarón Barquín

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cantabria

Ana Leturia Navaroa

Profesora Agregada de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad del País Vasco

Philippe Martin

Directeur de Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (COMPTRASEC)
Université Bordeaux

María Teresa Mata Sierra

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de León

María Victoria Mayor del Hoyo

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

Igor Mintegui Arregui

Profesor Agregado de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad del País Vasco

Marina Morla González

Profesora Ayudante de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de León

Mercedes Murillo Muñoz

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Rey Juan Carlos

Pablo Nuevo López

Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Abat Oliba CEU

Joan Oliver Araujo

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Islas Baleares (España)

Marta Ordás Alonso

Catedrática de Derecho Civil
Universidad de León

Albert Pastor Martínez

Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

Salvador Pérez Álvarez

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

José Gustavo Quirós Hidalgo

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

Esther Seijas Villadangos

Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de León

Salvador Tarodo Soria

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de León

Raquel Tejón Sánchez

Profesora Ayudante de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Carlos III de Madrid

Daniel Terrón Santos

Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca

María Anunciación Trapero Barreales

Catedrática de Derecho Penal
Universidad de León

María Rosa Vallecillo Gámez

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

Antonio Vaquera García

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de León

Juan Bautista Vivero Serrano

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Asesor del Defensor del Pueblo en materia de Derecho de las Políticas Sociales y de la Seguridad Social
Universidad de Salamanca

João Zenha Martins

Professor Associado de Ciências Jurídico-Sociais da Faculdade de Direito
Universidad Nova de Lisboa (Portugal)

La Revista Jurídica de la Universidad de León está disponible en formato electrónico en: <http://www//revpubli.unileon.es/index.php/juridica/index/>

La Revista Jurídica de la Universidad de León se encuentra indexada en las siguientes bases de datos: BULERIA (Repositorio Institucional de la Universidad de León); CIRC Ec3metrics; Dialnet; Latindex; MIAR; Catálogo Colectivo REBIUN; REDIB (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico); ROAD (Directory of Open Access Scholarly Resources); Wizdom.ai; WorldCat.



REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Revista de la Facultad de Derecho

Universidad de León

ISSN 1137-2702

Núm. 11

2023

ÍNDICE

	<u>Página</u>
A) Artículos doctrinales	1-112
Ana García García La dignidad de la persona trabajadora en el centro del Derecho del Trabajo de la era digital	3-18
João Zenha Martins O trabalho em funções públicas e a contratação coletiva: confluências e divergências	19-40
Raquel Jaén González El personal de los museos, su ordenación laboral y responsabilidad	41-58
Luis Fernando Sgarbossa y Geziela Iensue El Derecho Constitucional municipal en el neofederalismo brasileño: orígenes, desarrollo y desafíos	59-94
Brigitta Biróné Malustyik Esfuerzos de modernización en la coordinación de la Seguridad Social de la Unión Europea	95-112
B) Comentarios de jurisprudencia y legislativos	113-131
Juan José Fernández Domínguez y Guillermo Domínguez Fernández Importación paralela de medicamentos genéricos reenvasados con la marca de los medicamentos de referencia (a propósito de la STJUE de 17 de noviembre de 2022, C-253/20 y C-254/20, asunto <i>Impexeco</i>)	115-131

	<u>Página</u>
C) Recensiones de libros y bibliografía	133-153
Beatriz Agra Viforcós <i>La protección de la salud de la población penitenciaria en un contexto de disrupción tecnológica, sanitaria y social</i> Ana Castro Franco	135-138
Marina Morla González <i>Medicina personalizada de precisión y derechos fundamentales</i> Cristina González Vidales	139-142
Juan José Fernández Domínguez y Germán Carbajo García <i>Trabajos en beneficio de la comunidad y Prevención de Riesgos Laborales (una cara humana del progreso)</i> Cristina González Vidales	143-145
AA.VV. (Javier Fernández-Costales Muñiz, Dir.) <i>La disrupción tecnológica y digital y los nuevos riesgos emergentes en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo</i> Javier Fernández-Costales Muñiz	147-153
Normas de publicación	155-157

INDEX

	<u>Page</u>
A) Doctrinal articles	1-112
Ana García García The dignity of the worker at the heart of Labour Law in the digital age	3-18
João Zenha Martins Public service labour and collective bargaining: confluences and divergences	19-40
Raquel Jaén González Museum staff, its labour legislation and its responsibility	41-58
Luís Fernando Sgarbossa y Geziela Iensue Municipal Constitutional Law in brazilian neofederalism: origins, development and challenges	59-94
Brigitta Biróné Malustyik Modernisation efforts in EU Social Security coordination	95-112
B) Jurisprudence and legislative comments	113-131
Juan José Fernández Domínguez y Guillermo Domínguez Fernández Parallel importation of generic medicines repackaged under the brand name of the reference medicinal products (in relation to the STJUE of 17 November 2022, C-253/20 and C-254/20, <i>Impexeco</i> case)	115-131

	<u>Página</u>
C) Book records and bibliography	133-153
Beatriz Agra Viforcós <i>The protection of the health of the prison population in a context of technological, health and social disruption</i> Ana Castro Franco	135-138
Marina Morla González <i>Personalised precision medicine and fundamental rights</i> Cristina González Vidales	139-142
Juan José Fernández Domínguez y Germán Carbajo García <i>Works for the benefit of the community and occupational risk prevention (a human face of progress)</i> Cristina González Vidales	143-145
AA.VV. (Javier Fernández-Costales Muñiz, Dir.) <i>Technological and digital disruption and new emerging occupational health and safety risks</i> Javier Fernández-Costales Muñiz	147-153
Guide to getting published	155-157

A) ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA DIGNIDAD DE LA PERSONA TRABAJADORA EN EL CENTRO DEL DERECHO DEL TRABAJO DE LA ERA DIGITAL

The dignity of the worker at the heart of Labour Law in the digital age

Ana García García

Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social
Universidad de Salamanca
ana_garcia_garcia@usal.es

Recibido: 17/07/2023 – Aceptado: 24/07/2023

Resumen

La Cuarta Revolución Industrial, con la inteligencia artificial como protagonista, plantea preocupantes desafíos al iuslaboralismo: desde cómo abordar los nuevos escenarios laborales digitalizados hasta la conveniencia de las normas laborales en un mundo sin trabajo. No obstante, el cambio tecnológico no es algo nuevo: la tecnología ha sido un elemento constante en la evolución de los modos de organización del trabajo, por lo que el Derecho del Trabajo no debe replegarse, sino redoblar esfuerzos y responder con inteligencia humanista a la última ofensiva del capitalismo. Para ello, es esencial que la meta del trabajo decente guíe un enfoque regulativo de la inteligencia artificial centrado en las personas para asegurar que la transformación digital no comprometa los derechos fundamentales y la dignidad de las personas trabajadoras

Palabras clave:

Inteligencia artificial; Algoritmos; Digitalización; Derecho del Trabajo; Datos; Cambio tecnológico; Trabajo decente; Gobernanza; Capitalismo

Abstract

Keywords:

Artificial intelligence; Algorithms; Digitalisation; Labour Law; Data; Technological change; Decent work; Governance; Capitalism

The Fourth Industrial Revolution, with artificial intelligence as a protagonist, poses worrying challenges to labor regulation: from how to deal with the new digitalized labor scenarios to the appropriateness of labor standards in a world without work. However, technological change is not something new: technology has been a

constant element in the evolution of ways of organizing work, so Labor Law should not retreat, but rather redouble its efforts and respond with humanistic intelligence to the latest offensive of capitalism. To this end, it is essential that the goal of decent work guide a people-centered regulatory approach to artificial intelligence to ensure that digital transformation does not compromise the fundamental rights and dignity of working people.

I. La necesaria gobernanza de una transición justa a la digitalización – II. La tecnología: un elemento permanente en la producción y en la organización del trabajo – III. La inteligencia artificial: tecnología y paradigma – IV. La inteligencia artificial: estrategia – V. El Derecho: el papel del ordenamiento jurídico frente a los retos de la digitalización – VI. El trabajo decente: la *ratio essendi* del Derecho del Trabajo del futuro – Bibliografía

«(Entendieron que) las decisiones sobre la tecnología son también decisiones sobre modos de trabajar y maneras de vivir y tomaron el control de esas decisiones en lugar de cederlas a otros o dejarse llevar por el ímpetu del progreso¹».

I. LA NECESARIA GOBERNANZA DE UNA TRANSICIÓN JUSTA A LA DIGITALIZACIÓN

Es un lugar común –al que no escapa la academia iuslaboralista– mirar al pasado (quizá idealizado) apelando a las conquistas que el ordenamiento laboral conseguía para la clase trabajadora, al tiempo que ordenaba las relaciones laborales de una manera fluida y equilibrada respecto a los intereses económicos empresariales: «en la época fordista las relaciones laborales se desarrollaron en un marco transparente de institucionalizaciones con normas y actores bien definidos²». En cambio, en la actualidad es habitual referirse a las relaciones laborales como un espacio cada vez más complejo y especialmente convulso e ingobernable, incapaz de lograr sus fines de manera satisfactoria para ninguna de las partes de la relación laboral, habida cuenta de la línea política imperante en la (des) regulación de las relaciones laborales y de las inercias empresariales hacia la flexibilización e internacionalización, y de la incertidumbre que con ello generan. No obstante, sobre esta cuestión se ha señalado que el Derecho del Trabajo «lleva ya más de 40 años atravesando el desierto de una crisis interminable», por lo que parece más razonable reflexionar si nos encontramos ante una preocupante situación coyuntural o, por el contrario, es éste «nuestro hábitat natural» y, por tanto, «el terreno en el que debemos desplegar nuestras estrategias adaptativas de supervivencia³».

Especialmente tras los cambios de las dos últimas décadas, resulta un ejercicio reflexivo interesante para reforzar el Derecho del Trabajo revisar su estructura analítica y su identidad, su justificación, sus presupuestos filosóficos, sus valores de referencia o sus políticas, así como de la supervivencia del sustrato material que lo

¹ CARR, NICHOLAS, *Atrapados. Cómo las máquinas se apoderan de nuestras vidas*, Taurus, 2014, 262.

² KÖHLER, HOLM-DETLEV y MARTÍN ARTILES, ANTONIO, *Manual de sociología del trabajo y de las Relaciones Laborales*, Delta Publicaciones, Madrid, 2010, 58.

³ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, ANTONIO, “La vigencia de las funciones históricas del Derecho del Trabajo en el siglo XXI”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y Derecho del empleo*, volumen 7, número 2, abril-junio 2019, 7-45.

sostiene, especialmente tras el pronóstico de «el fin del trabajo⁴». Sobre ello se señala a menudo la «incapacidad de las categorías iuslaboralistas tradicionales para acoger formas de organización del trabajo alternativas⁵» así como para responder a las fluctuaciones económicas, las exigencias derivadas de la competitividad o los retos de la globalización. En definitiva, una postura que identifica a un Derecho del Trabajo petrificado ante una realidad social cambiante e incluso en peligro de extinción.

El cambio social, es decir, aquella «transformación observable en el tiempo, que afecta, de una manera no efímera ni provisional, a la estructura o al funcionamiento de la organización de una colectividad dada y modifica el curso de su historia⁶», es constatable en la actualidad, pues la sociedad del siglo XXI no es ya la del siglo XX: el aumento de la población y su desigual distribución, los problemas medioambientales, la agudización de la desigualdad entre clases sociales, las dificultades en el acceso equitativo a los recursos, el aumento de poder de actores supranacionales, la globalización o la revolución digital han dejado su huella. Y si bien estos cambios serían objeto de estudio de otra ciencia social, la ciencia jurídica, para diseñar la norma y aplicarla, no puede desconocer la realidad material sobre la que construye el derecho social⁷.

Así, a pesar de que son muchos los elementos que conforman el cambio, en esta propuesta se abordará la crisis del Derecho del Trabajo tan solo presentando una justificación de su necesaria existencia desde una visión de conjunto de los retos y adversidades que presenta la regulación del trabajo en la era digital, por la amplitud y profundidad del impacto tecnológico en todas las esferas de la sociedad y, especialmente, en la esfera interior de los individuos. Si la sociedad cambia, que es el sustrato material de la disciplina laboralista, parece inevitable una respuesta adaptativa de la norma para justificar y garantizar la supervivencia del sistema jurídico.

Ahora bien, lejos de negar una inevitable digitalización masiva del trabajo, la propuesta es regular esa transición justa a la digitalización poniendo en el centro del progreso los derechos de las personas trabajadoras: «el cambio no puede ocurrir accidentalmente, es importante que sea fruto de decisiones conscientes que respondan a una pregunta clara: no cuanto, sino qué tipo de trabajo queremos⁸». Una regulación que incluya la participación de los interlocutores sociales y las propias personas trabajadoras, es decir, que utilice el poder de autorregulación para lograr una verdadera gobernanza de la transición digital.

⁴ RIFKIN, JEREMY, *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Paidós, Barcelona, 1996, 85.

⁵ ALOISI, ANTONIO; DE STEFANO, VALERIO, *Il tuo capo è un algoritmo*, Tempi nuovi, 2020, 13.

⁶ Vid. ROCHER, GUY, *Introducción a la Sociología General*, Barcelona, Herder, 1990.

⁷ DÍAZ DE ATAURI, PABLO GIMENO, “La interpretación de fuentes y conceptos en el derecho social ante la disrupción digital: mutación, interpretación histórica y evolución semántica”, en MERCADER UGINA, JESÚS R y DE LA PUEBLA PINILLA, ANA, *Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales. Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital*, Tirant lo Blanch, 2023, 45.

⁸ ALOISI, ANTONIO; DE STEFANO, VALERIO, *op.cit.*, 19.

II. LA TECNOLOGÍA: UN ELEMENTO PERMANENTE EN LA PRODUCCIÓN Y EN LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

«La digitalización no es el primer cambio tecnológico que ha conocido el Derecho del Trabajo durante su evolución histórica⁹». El origen de esta disciplina se remonta al cambio social que tuvo lugar hacia finales del siglo XVIII, durante la Primera Revolución Industrial, cuando se produjo un gran impacto en términos de avances técnicos y productivos y una nueva visión en la gestión empresarial. El elemento determinante en este momento fue la innovación tecnológica en la producción de bienes y servicios gracias a las posibilidades que ofrecía el uso combinado del carbón y la máquina de vapor. Por ello, se considera el inicio de «la era económica moderna» y «la primera etapa del largo viaje de sustitución del trabajo humano por la fuerza de las máquinas¹⁰». Las repercusiones sociales resultantes de este proceso se caracterizaron por la sustitución de la mano de obra, la explotación sistemática de la clase trabajadora, la división del trabajo, la concentración urbana y las condiciones laborales y de vida precarias, lo que se denominó «la cuestión social¹¹» que perdura, con otras formas y rasgos, hoy en día, en tanto que el trabajo precario no ha desaparecido.

Después, con cada una de las Revoluciones Industriales que le sucedieron, la sociedad agrícola y comerciante a pequeña escala se fue volviendo cada vez más industrial, mientras que, al tiempo que cambiaban los modos de organización del trabajo, cambiaban también los modos de vida (y la composición del derecho de cada momento). Así, aproximadamente un siglo después de la Primera y hasta la Primera Guerra Mundial en 1914, comenzaba la Segunda Revolución Industrial, cuando el petróleo empezó a competir con el carbón como fuente de energía, y la electricidad emergió como una nueva fuente de energía que impulsaba motores, iluminaba las ciudades y permitía una comunicación instantánea entre las personas. Inventos que se convirtieron en elementos nucleares de las industrias siderúrgicas y que provocaron la necesidad de un nuevo modo de organización del trabajo. Entonces ya se perseguía religiosamente la disminución de costes y el aumento de ganancias, a lo que contribuyó de manera innegable la organización científica del trabajo o taylorismo, continuando así con la transferencia de parte de la carga de la actividad económica de los humanos a las máquinas obligando al trabajador (obrero) a acelerar su ritmo de trabajo para poder conseguir el producto en un menor tiempo.

Hacia 1960, la Tercera Revolución Industrial (término acuñado por Jeremy Rifkin¹²) ya vino de la mano de elementos muy presentes en nuestros días, siendo el origen de la digitalización y de la automatización industrial. Se caracterizó, por un lado, por la introducción de datos, computadoras, matemáticas aplicadas a la informática, la

⁹ CRUZ VILLALÓN, JESÚS, “El Derecho del Trabajo ante la transformación digital”, *Revista de Derecho Social*, núm.100, 2022, 141-170.

¹⁰ RIFKIN, JEREMY, *op.cit.*, 85.

¹¹ Vid. DÍAZ MARTINEZ, J.A, NOVA MELLE, P. “La perspectiva sociológica: su naturaleza e institucionalización”, en VALLÉS, J.M, MARTÍ I PUIG, S. (Dir.), *Introducción a la Sociología para las Ciencias Sociales*, UNED, Madrid, 2018.

¹² Vid. RIFKIN, JEREMY, *La Tercera Revolución Industrial*, Paidós, Barcelona, 2011.

automatización de procesos y, sobre todo, la aparición de internet. Y, por otro lado, por la aparición de nuevas fuentes energéticas, principalmente renovables, como alternativa a la crisis de las energías fósiles. Durante este período, se inició la búsqueda de imitar y reemplazar tareas humanas que implicaban procesos mentales, no solo físicos, marcando el inicio de lo que se conoce como «la invasión de las últimas esferas humanas disponibles: *el Reino de la mente*¹³». Gracias a la generación de conocimiento y al procesamiento de esa información, se fueron ajustando cada vez más las formas organizativas, comenzando también en este momento el fenómeno de la externalización de la producción y la subcontratación, con el consiguiente impacto en las morfologías empresariales y en la gestión laboral.

En la actualidad, estamos inmersos ya en la Cuarta Revolución Industrial o Industria 4.0, término empleado por primera vez en un proyecto alemán de estrategias de alta tecnología que perseguía la creación de la fábrica inteligente (Smart factory) caracterizada por la gran interconexión entre máquinas automatizadas, redes de comunicaciones y mejora del intercambio de información, tecnologías avanzadas de procesamientos de datos, robótica compleja, autodiagnóstico de situaciones y una mayor eficiencia en la gestión de recursos naturales y humanos¹⁴. Aunque inicialmente no se consideró una nueva Revolución Industrial, sino una evolución de la anterior, Klaus Schwab argumentó en su tres conocidas razones que «la fusión de las tecnologías y su interacción a través de los dominios físicos, digitales y biológicos» justificaba sobradamente las diferencias con las anteriores: velocidad, amplitud y profundidad e impacto de los sistemas¹⁵.

La constante asunción de tareas humanas por las tecnologías a lo largo de cada una de las revoluciones industriales ha dado un paso más en la actualidad: uno de los impactos más fácilmente observables de la Cuarta Revolución Industrial es la acentuación del proceso de sustitución de trabajadores por máquinas hasta el punto de que la tecnología protagonista de la Industria 4.0 se denomina (ilusoriamente) «inteligencia artificial». Con ella se persigue reemplazar la inteligencia humana a través de una suerte de datificación masiva de la realidad, unida a la digitalización y automatización parcial o total de procesos en todas las esferas de la vida, con el objetivo de mejorar la eficiencia y reducir el error, superando así los límites humanos.

Así como las consecuencias de la Primera Revolución Industrial dieron lugar al surgimiento del Derecho del Trabajo, los cambios introducidos por la Cuarta Revolución Industrial o Industria 4.0 no solo nos invitan, sino que nos empujan a cuestionar las instituciones fundamentales de la disciplina laboral, teniendo presente que la innovación tecnológica ha sido una compañera constante a lo largo de la historia del trabajo¹⁶ y la aplicación continua de las innovaciones tecnológicas en la producción y organización empresarial es inherente al curso histórico de esta

¹³ RIFKIN, JEREMY, *op.cit.*, 1996, 86.

¹⁴ BARONA VILAR, SILVIA, *Algoritmización del derecho y de la justicia. De la inteligencia artificial a la Smart justice*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 58.

¹⁵ SCHWAB, KLAUS, *La Cuarta Revolución Industrial*, Debate, Barcelona, 2016, 9.

¹⁶ CRUZ VILLALÓN, JESÚS, *op.cit.*, 141-170.

disciplina, que ha tenido que adaptar sus instituciones jurídicas básicas a las diversas formas de organización y producción en cada fase del capitalismo.

En el pasado, la introducción de la máquina de vapor y la mecanización de la producción generaron la división del trabajo y un proceso masivo de desplazamiento de la mano de obra de la actividad productiva. Antes, se requería la colaboración de un grupo de trabajadores, pero todo cambió con la implementación de la tecnología. En el presente, la incorporación de sistemas de inteligencia artificial en la organización y gestión empresarial también ha dado como resultado la pérdida de empleos y la reducción de plantillas, así como un aumento del poder del empleador y amenazas significativas a los derechos laborales, tanto específicos como generales. En ambos casos, se produce la desaparición de puestos de trabajo y la precarización de las condiciones laborales de aquellos empleos que sobreviven. En ambos casos, surge una «cuestión social» derivada de las condiciones materiales de vida, a la cual las democracias sociales deben hacer frente mediante el Derecho del Trabajo, reforzando todas las funciones que tradicionalmente se le han asignado.

III. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: TECNOLOGÍA Y PARADIGMA

La «inteligencia artificial» es la tecnología protagonista de la Cuarta Revolución Industrial, un término acuñado durante la primera sobre esta materia celebrada en el Dartmouth College en 1956. Aunque no existe un consenso unánime sobre una única definición de IA, se puede encontrar cierta coincidencia en las diferentes propuestas que van desde enfoques filosóficos hasta otros puramente técnicos: un intento artificial de imitar la inteligencia humana o desplegar inteligencia en un sustrato artificial¹⁷. Sin embargo, hay quienes argumentan que sería más adecuado hablar de programación¹⁸, en lugar de inteligencia, y que detrás de esta denominación se encuentra la estrategia de afianzar el «efecto ELIZA¹⁹» para generar plena confianza de las personas en la capacidad de la tecnología para resolver problemas.

En la actualidad, la inteligencia artificial se persigue mediante el diseño e implementación de algoritmos que, en términos simples, son conjuntos de instrucciones u operaciones matemáticas destinadas a obtener un cálculo o resultado, con el objetivo último de proporcionar respuestas objetivas en lugar de estimaciones puramente

¹⁷ GARCÍA MEXÍA, PABLO; PÉREZ BES, FRANCISCO (eds), *Artificial intelligence and the Law*, La ley Wolters Kluwer, 2021, 22.

¹⁸ GARCÍA MONTERO, LUÍS, *La inteligencia artificial no existe*, 2022. <https://elpais.com/opinion/2022-01-09/la-inteligencia-artificial-no-existe.html>

¹⁹ El efecto ELIZA proviene del descubrimiento realizado a partir del programa informático creado por el psicólogo Joseph Weizenbaum en 1966, que utilizaba un conjunto de patrones y respuestas predefinidos para simular una conversación con un terapeuta. Se podría definir como la tendencia de las personas a proyectar sus propias interpretaciones y significados en las respuestas de un programa informático, especialmente si el programa utiliza técnicas de lenguaje natural y simula una conversación humana, es decir, la tendencia a asumir inconscientemente que los comportamientos informáticos son análogos a los comportamientos humanos.

intuitivas²⁰. Sin embargo, la inteligencia artificial no se limita solo a los algoritmos, sino que su verdadero poder radica en la combinación de diferentes herramientas y dispositivos, lo que genera un impacto mucho mayor que el que se lograría con cada uno por separado²¹. Por lo tanto, la tecnología que desafía al campo del Derecho en la actualidad no se limita únicamente a una máquina, sino que implica el uso conjunto de nuevas construcciones materiales y sistemas informáticos que se apoyan en la recopilación y análisis de datos considerados el nuevo «oro» del siglo XXI.

Para entender por qué de algo material, como la técnica, pasamos a algo intangible o abstracto, como las relaciones laborales, tenemos que entender que una revolución no es solo un conjunto de tecnologías, sino un nuevo paradigma que cambia el sentido común y las formas de hacer²². Este nuevo «*tecnoparadigma*», en tanto que ventana conceptual a través de la cual interpretamos el mundo para comprenderlo y transformarlo se apoya en una visión cibernética del mundo²³ que no solo ha alumbrado nuevos productos, sino también una nueva actitud hacia ellos²⁴. Es decir, el modelo de sociedad industrial, donde se gestó y consagró el principio protector del Derecho del Trabajo, ha ido cediendo paulatinamente al de la sociedad tecnológica²⁵ en la que (muchas voces ya señalan) el ser humano está siendo desplazado, «cayendo en desgracia ante sus propias criaturas tecnológicas, desbordado por sus efectos y sustituido por sus consecuencias²⁶».

Actualmente, el «*dataísmo*²⁷» asume que todo debe ser medido a través del dato y que ésta es la mejor herramienta para analizar la realidad, alejándonos del ser humano (y sus derechos) como centro de reflexión hacia una visión *aritmocéntrica* (y sus intereses) del mundo. «Los datos constituyen el alimento de los algoritmos que forman parte de la inteligencia artificial²⁸» y todo ello permite, por un lado, extraer datos y generar conocimiento a partir de su análisis y, por otro lado, tomar decisiones automatizadas gracias al tratamiento intenso de esa información. Es precisamente así como funciona el «*algorithmic management*» o gestión laboral algorítmica: la gestión y organización del trabajo mediante sistemas algorítmicos que permiten extraer conocimiento (¿)útil(?)

²⁰ BAZ RODRÍGUEZ, JESÚS, “Responsabilidad algorítmica y gobernanza de la IA en el ámbito sociolaboral. Entre la perspectiva y la prospectiva”, *Revista Trabajo y Derecho*, n° 89, 1 de mayo de 2022, Wolters Kluwer, 2.

²¹ Vid. SCHAWB, KLAUS, *La cuarta revolución industrial*, Foro Económico Mundial, 2016, 9.

²² Vid. PÉREZ, C., *Revoluciones tecnológicas y capital financiero, la dinámica de las grandes burbujas financieras y las épocas de bonanza*, Siglo veintiuno, México, 2004.

²³ AGUILAR GORDÓN, FORALBA, “Reflexiones filosóficas sobre la tecnología y sus nuevos escenarios”, *Sophia, Colección de filosofía de la educación*, núm 11, 2011, 123-172.

²⁴ GABRIEL, MARKUS, *El sentido del pensamiento*, Pasado y presente, 2019, 145.

²⁵ Vid. PLÁ RODRIGUEZ, AMÉRICO, *Los principios del derecho del trabajo*, Montevideo, Editorial De Palma, 2015.

²⁶ LASSALLE RUIZ, JOSÉ MARÍA, *Ciberleviatán*, Arpa Editores, Barcelona, 2019, 46.

²⁷ SÁNCHEZ COTTA, AGUSTÍN, “Dataísmo y transhumanismo. La pugna por la supremacía ideológica de la nueva normalidad”, en BERMÚDEZ VÁQUEZ, MANUEL (coord.), *Luces en el camino: Filosofía y Ciencias Sociales para tiempos de desconcierto*, Dykinson, 2021, 851.

²⁸ ÁLVAREZ CUESTA, HENAR, *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, 20.

oculto²⁹ valiéndose de un ingente conjunto de datos con el fin de establecer relaciones entre ellos e identificar patrones sobre los que los algoritmos arrojan sus conclusiones³⁰ y confiarles la gestión del trabajo en beneficio del éxito empresarial.

Aunque el auge de los algoritmos se asoció inicialmente al modelo de negocio de las plataformas, en la actualidad son instrumentos de gestión capaces de aplicarse en cualquier tipo y modelo de actividad económica, por lo que su uso no se reduce exclusivamente a la economía de plataformas³¹. No obstante, el uso de los sistemas de inteligencia artificial es aún limitado en las empresas españolas³², a pesar de que el objetivo determinado por la Estrategia España Digital 2025 es lograr que el 25% del sector empresarial utilice alguna de las consideradas principales tecnologías de la Década Digital de la Unión Europea (inteligencia artificial, *big data* y *cloud computing*). Por el momento, el 11,8% utilizan inteligencia artificial o big data (3,5 puntos más que en 2021), y si se trata de microempresas, el porcentaje desciende hasta el 4,6% (1,1 puntos más que en 2021). En ambos casos, son porcentajes inferiores a la media de la Unión Europea. En cuanto a los usos, el principal es destinar esa tecnología a la automatización de procesos y la ayuda en la toma de decisiones, a pesar de la gran diferencia de su uso entre sectores productivos. Sin embargo, es importante tener en cuenta que estos datos se enmarcan en una etapa temprana del proceso de implementación del *tecnoparadigma* asociado a la actual Revolución Industrial, donde todavía el uso de la tecnología predominante no es homogéneo.

IV. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ESTRATEGIA

A pesar de la complejidad de su estructura y funcionamiento, no parece necesario –al menos en este nivel de reflexión– saber la estructura de un algoritmo, los niveles del análisis masivo de datos o la configuración de una cadena de bloques, sino tan solo extraer la esencia de estos procesos e ingenios para comprender su impacto. Ya son muy numerosos los trabajos científicos y jurídicos que tratan de identificar el error –el sesgo– en el diseño de los sistemas algorítmicos para prevenir así la discriminación y otros impactos negativos en los derechos de las personas trabajadoras. No obstante, se comparte aquí «que los ingenieros y programadores no deberían cargar con toda la culpa por los efectos nocivos de la automatización: es posible que sean culpables de perseguir sueños y deseos susceptibles a la arrogancia técnica, pero también responden a las peticiones de empleadores y clientes. La principal razón por la que las

²⁹ HAJIAN, SARA; DOMINGO-FERRERO, JOSEP, “A methodology for direct and indirect discrimination prevention in data mining”, *IEEE transactions on knowledge and data engineering*, vol. 25, n.7, julio 2013, 1445-1459.

³⁰ RIVAS VALLEJO, PILAR, *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, 133.

³¹ MERCADER UGUINA, JESÚS. R., En busca del empleador invisible: algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo, *El cronista: inteligencia artificial y derecho*, núm. 100, 2022, 141.

³² SECRETARÍA DE ESTADO DE DIGITALIZACIÓN E INTELIGENCIA ARTIFICIAL. MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL, *Tecnologías digitales en la empresa*. Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad. Red.es, 2023, 6.

empresas invierten en automatización es reducir costes laborales y coordinar operaciones³³». Por lo tanto, se propone centrar la atención en la importancia del significado y el espacio que queremos darle a la tecnología y no solo atender a la sucesión de artilugios alumbrados, sino también analizar lo que fundamenta la existencia de los mismos y sus repercusiones en nuestras vidas³⁴.

En el ámbito laboral, los impactos de la inteligencia artificial se traducen en la «evanescencia de la empresa como espacio físico³⁵», en la laxitud de los parámetros tradicionales de lugar y tiempo en la relación laboral, la creciente individualización de la actividad laboral, la heterogeneidad y dispersión de los diversos colectivos (que dificulta identificar una identidad colectiva)³⁶ y, con especial intensidad, en el aumento del poder empresarial. Así, se habla incluso de «capitalismo de la vigilancia» y de «poder instrumental» como aquel que se ejerce sobre el comportamiento humano, primero extrayendo conocimiento de la observación intensiva y al que después da forma, orientándolo hacia los fines de otros a través de un medio ambiente automatizado, conformado por una arquitectura informática cada vez más ubicua de dispositivos inteligentes³⁷. De hecho, está latente el debate sobre el impacto de la digitalización en la determinación de la relación laboral (como trabajo autónomo o subordinado), pero es precisamente la digitalización «lo que permite la revitalización de la nota de dependencia porque contribuye a reforzar los mecanismos de control empresarial³⁸».

En definitiva, es inevitable identificar como estrategia que subyace a la utilización de esta tecnología en el ámbito laboral a su uso como refuerzo de la posición del empresario, ya que le permitirle un ejercicio más rápido y eficaz, en términos de eficiencia económica, de sus poderes y libertades, con el consecuente debilitamiento, aún más, de la posición de la persona trabajadora como titular de derechos fundamentales³⁹ y, por lo tanto, acentuando la desigualdad entre las partes de la relación laboral⁴⁰. Por ello, no se trata solo de proteger exclusivamente la intimidad de los datos, sino de no perder de vista el aumento de prerrogativas de gestión

³³ CARR, NICHOLAS, op.cit., 203.

³⁴ AGUILAR GORDÓN, FORALBA, “Reflexiones filosóficas sobre la tecnología y sus nuevos escenarios”, *Sophia, Colección de filosofía de la educación*, núm 11, 2011, 123-174.

³⁵ GÓMEZ MUÑOZ, JOSÉ MANUAL; MORENO DÍAZ, JUAN MANUEL, *Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto*, Bomarzo, Albacete, 2021, 20.

³⁶ NIETO ROJAS, PATRICIA, “La disrupción digital y su impacto en los medios de acción sindical”, en MERCADER UGUINA, JESÚS R., DE LA PUEBLA PINILLA, ANA, *Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales. Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital*, Tirant lo Blanch, 2023, 360.

³⁷ ZUBOFF, SHOSHANA, *La era del capitalismo de vigilancia*, Paidós Ibérica, 2020, 22.

³⁸ PÉREZ DEL PRADO, DANIEL, “Los tradicionales conceptos de trabajador y empresario en un mundo digital”, en MERCADER UGUINA, JESÚS R., DE LA PUEBLA PINILLA, ANA, *Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales. Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital*, Tirant lo Blanch, 2023, 105.

³⁹ OLARTE ENCABO, SOFÍA, “La aplicación de la IA a los procesos de selección del personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación”, *Documentación laboral*, num. 119, 2020, vol. I, 79-98.

⁴⁰ BAYLOS, ANTONIO, “La larga marcha hacia el trabajo formal: el caso de los riders y la ley 12/2021”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40 (1), 2022, 95-113.

empresarial a través de la tecnología⁴¹ para que esta disciplina jurídica despliegue su función de reequilibrio de aquello que (ahora a través de la tecnología) el capital tiende a desequilibrar.

«Nos han dicho creer que las maravillas de la moderna tecnología podrían llegar a ser nuestra salvación⁴²» pero ningún iuslaboralista es ajeno a los efectos de las estrategias empresariales que implementan los sistemas de inteligencia artificial en la organización de la plantilla. La actividad tecnológica repercute en el progreso social y económico, pero su carácter comercial la direcciona hacia la satisfacción de deseos e intereses de grupos privilegiados, y éstos, en el contexto del conflicto intrínseco a las relaciones laborales, sabemos en qué posición se encuentran: «puede que las máquinas sean la canalización del poder humano, pero ese poder ha sido normalmente ejercido por los propietarios de las empresas, no por las personas empleadas para operarlas⁴³». En consecuencia, cuando el lucro es la finalidad principal de las actividades tecnológicas, el resultado inevitable es considerar a las personas como instrumentos, objetos o mercancías⁴⁴.

V. EL DERECHO: EL PAPEL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO FRENTE A LOS RETOS DE LA DIGITALIZACIÓN

Hasta la fecha, existen numerosos documentos de carácter políticos y programático que pretenden guiar el propósito de la digitalización e implementación de la inteligencia artificial: «la IA no es un fin en sí mismo, sino un medio prometedor para favorecer la prosperidad humana y mejorar el bienestar individual y social y el bien común, además de traer consigo progreso e innovación⁴⁵», «su objetivo [IA] debe ser mejorar las capacidad de las personas, no sustituirlas⁴⁶» así como advertir de los efectos negativos, daños o amenazas que el uso de la inteligencia artificial puede tener sobre los derechos fundamentales y la seguridad: «puede afectar a los valores sobre los que se fundamenta la Unión Europea y provocar la conculcación de derechos fundamentales como la libertad de expresión, de reunión, la dignidad humana, la ausencia de discriminación, la protección de datos personales y de la vida privada⁴⁷...».

⁴¹ DE STEFANO, VALERIO, *Algorithmic management and collective bargaining*, ETUI, Brussels, 2021, 6.

⁴² RIFKIN, JEREMY, *op.cit.*, 1996, 35.

⁴³ CARR, NICHOLAS, *op.cit.*, 35.

⁴⁴ AGUILAR GORDÓN, FORALBA, *op.cit.*

⁴⁵ GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, COMISIÓN EUROPEA, *Directrices éticas para una IA fiable*, 2019, 5.

⁴⁶ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*, Bruselas COM (2019) 168 final, 3.

⁴⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, Bruselas COM (2020) 65 final, 13.

No obstante, a pesar de la voluntad declarada de la Unión Europea por crear una regulación garantista de los derechos de las personas en relación a la tecnología, la inteligencia artificial y el uso de algoritmos, el escaso marco normativo en la actualidad, especialmente en el ámbito laboral, se encuentra ante una «*dilación temporal*» o «*brecha regulatoria*»⁴⁸. Es decir, las relaciones laborales se han tornado en los últimos años más complejas, fluidas y cambiantes ante unas estrategias empresariales innovadoras y globales que superan fronteras, mientras que las normas que regulan este espacio no se han modificado a la misma velocidad. Así, los dos principales instrumentos normativos comunitarios –la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial⁴⁹ y la propuesta de Directiva de trabajo en plataformas⁵⁰– llevan dos años paralizados mientras el uso de los sistemas algorítmicos y de inteligencia artificial en las empresas ni cesa ni deja de crecer.

Además, las tímidas regulaciones sobre los aspectos laborales de los sistemas de inteligencia artificial y las propuestas de normativas que conocemos en el presente (algunas de ellas mencionadas de manera precedente) señalan la importancia de respetar la cautela sobre regular los efectos de una tecnología que aún no ha terminado de despegar y que, por tanto, no podemos proyectar los miedos y dificultar el desarrollo tecnológico sobre el que se propone sustentar el progreso de la humanidad para no «mortificar el espíritu innovador y provocar pérdidas económicas⁵¹». Pero, ¿qué es el progreso? ¿Y quién lo decide? ¿Son compatibles los objetivos económicos y los sociales? En el marco de un programa político internacional organizado en torno a los Objetivos de Desarrollo Sostenible y el trabajo decente, no entender el Derecho del Trabajo como un instrumento para conseguir esos fines sería una incoherencia (más) del sistema. «Progreso sí, a través de la ciencia, la tecnología y las herramientas técnicas, pero siempre con la imbricación directa e indirecta del sistema jurídico que deberá encontrar contrapeso en el Derecho, desde donde ofrecer el soporte adecuado para evitar desequilibrios y, sobre todo, para seguir garantizando los derechos conquistados⁵²».

La rebelión ludita de principios del siglo XIX fue una reacción violenta a la introducción de las máquinas en sustitución de las personas trabajadoras. Movimiento que, de manera aislada pudo tener relativos éxitos en la ralentización de la mecanización del trabajo, pero que no evitó su total implantación. Hoy en día, es un lugar común identificar al ludismo como símbolo del atraso al asumir que «cualquiera que rechaza una nueva

⁴⁸ DEL REY GUANTER, SALVADOR, “El Estatuto de los Trabajadores ante el impacto de las tecnologías disruptivas en la organización del trabajo y en las relaciones laborales: una aproximación general”, en AEDTSS, *Estatuto de trabajadores, 40 años después: XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ponencias, Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020, 109.

⁴⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión*, Bruselas, COM (2021).

⁵⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas*, Bruselas COM (2021) 762.

⁵¹ ALOISI, ANTONIO; DE STEFANO, VALERIO, *op.cit.*, 14.

⁵² BARONA VILAR, SILVIA, *op.cit.*, 26.

herramienta en favor de una más antigua es culpable de nostalgia o de tomar decisiones sentimentalmente en lugar de con la razón. Pero la auténtica falacia sentimental es suponer que lo nuevo siempre está mejor adaptado a nuestros propósitos e intenciones que lo viejo. Lo que hace a una herramienta superior a otra no tiene nada que ver con su novedad, lo que importa es cómo nos agranda o empequeñece⁵³».

Como ejemplo de esa necesaria regulación que abrace los beneficios de la digitalización y que enfrente los perjuicios sociales, se ha propuesto una política reguladora del Derecho del Trabajo a la vez garantista y que permita la innovación mediante incentivos a la inversión en las tecnologías productivas y desincentivos para las extractivas⁵⁴. Es decir, regular el uso de algoritmos productivos o creadores de valor que permiten automatizar tareas que antes realizaban trabajadores, simplificando su trabajo o requiriendo menos tiempo para ejecutarlo y prohibir los algoritmos extractivos, aquellos que incrementan el poder empresarial para exprimir al trabajador toda su energía física y mental.

VI. EL TRABAJO DECENTE: LA *RATIO ESSENDI* DEL DERECHO DEL TRABAJO DEL FUTURO

Recapitulando, en el siglo XIX la introducción de la tecnología en la organización de la producción provocó el surgimiento de unas condiciones de trabajo tan amenazantes para la vida y la dignidad de las personas que la intervención colectiva de los sujetos perjudicados y del Estado determinaron la aparición del Derecho del Trabajo. En la actualidad, los cambios socioeconómicos derivados de un nuevo contexto tecnológico no invalidan de manera alguna las funciones básicas del Derecho del Trabajo, sino que las vuelven más importantes si cabe, en razón del potencial tecnológico de la última estrategia capitalista.

Según la Comisión Europea, «durante sus diez años de vida, la Industria 4.0 se ha centrado menos en los principios originales de equidad social y sostenibilidad, y más en la digitalización y las tecnologías impulsadas por la inteligencia artificial para aumentar la eficiencia y la flexibilidad de la producción⁵⁵». Consciente de ello, ha propuesto hablar de la «Industria 5.0»: un marco interpretativo de referencia basado en un paradigma tecnológico centrado en las personas a través del uso de la nueva tecnología que defiende una interacción más intensa entre lo tecnológico y lo humano, hablando de «*humanismo tecnológico*» o «*visión antropocentrista*» de la tecnología. Y este es el espíritu que debería guiar al Derecho del Trabajo en la gobernanza de la inteligencia artificial y su impacto en el mercado de trabajo.

⁵³ CARR, NICHOLAS, *op.cit.*, 262.

⁵⁴ Vid. TODOLÍ SIGNÉS, ADRIÁN, *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

⁵⁵ EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, BREQUE, M., DE NUL, L., PETRIDIS, A., *Industry 5.0: towards a sustainable, human-centric and resilient European industry*, Publications Office, 2021, 8.

Lo que significa la «decencia social en la era de la digitalización y de la inteligencia artificial» requiere una reflexión profunda, máxime cuando el hombre tiende a diluirse en un mundo de datos e informaciones que resulta cada vez de más difícil control⁵⁶. De hecho, resulta paradójico que la Unión Europea defienda una idea de dignidad humana «de que todo ser humano posee un *valor intrínseco*(sic) que jamás se debe menoscabar» y que en el contexto de la inteligencia artificial «implica que todas las personas han de ser tratadas con el debido respeto que merecen como *sujetos morales*(sic), y no como simples *objetos*(sic) que se pueden filtrar, ordenar, puntuar, dirigir, condicionar o manipular⁵⁷», cuando es precisamente eso, filtrar, ordenar, puntuar, dirigir, condicionar o manipular, las funciones que los algoritmos están desarrollando en el contexto de management laboral. Desde este punto, la justificación del Derecho del Trabajo se reconduce aquí a la sencilla tarea de garantizar la dignidad de la persona trabajadora, y ésta se refuerza a la luz de lo que el capitalismo quiere hacer con la tecnología.

En la sociedad moderna el trabajo otorga a las personas un estatus sociojurídico que determina el acceso o disfrute de unas prestaciones, bienes o atenciones por parte del Estado que no tendría de encontrarse en situación de desempleo. En la era digital se ha identificado que las personas más vulnerables serán justo las que tendrán menos oportunidades de acceder a programas de formación y actualización para acceder a los empleos tecnológicos y que, además, el trabajo que ya se está generando con esta tecnología, tiende a ser precario y sin valor⁵⁸. Luego si la tecnología de la inteligencia artificial provoca, por un lado, que cada vez sea necesario un número menor de trabajadores para producir los mismos bienes y servicios⁵⁹, y si, por otro lado, las condiciones laborales de aquellos que mantienen sus empleos no respetan la dignidad humana, he aquí una razón por la que debe reforzarse el Derecho del Trabajo: como instrumento para garantizar la dignidad de la persona trabajadora en la era de la digitalización. Es decir, «si la Cuarta Revolución Industrial cambia la fisonomía de la economía, el Derecho debe hacer algo para que nadie quede atrás⁶⁰». De lo contrario, la injusticia sería manifiesta, ya que se exigiría la condición de empleado para disfrutar de una posición dentro del sistema, sin garantizar el acceso en condiciones dignas y de igualdad de oportunidades a ese empleo.

Por lo tanto, se trata de identificar la esencia de los impactos del uso de la inteligencia artificial: reducción del empleo, precarización de las condiciones de trabajo y agudización del conflicto social, para reforzar ahí la intervención del Derecho del

⁵⁶ MERCADER UGUINA, JESÚS R., *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 157.

⁵⁷ GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, COMISIÓN EUROPEA, *Directrices éticas para una IA fiable*, 2019, 13.

⁵⁸ ALOISI, ANTONIO; DE STEFANO, VALERIO, *op.cit.*, 7.

⁵⁹ RIFKIN, JEREMY, *op.cit.*, 18.

⁶⁰ PÉREZ DEL PRADO, DANIEL, *Derecho, economía y digitalización: el impacto de la inteligencia artificial, los algoritmos y la robótica sobre el empleo y las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 45.

Trabajo, renovando la justificación de su existencia: garantía de acceso al empleo, garantía del trabajo digno y, en definitiva, refuerzo de la función protectora.

Porque el trabajo es la prolongación de la persona, es la persona en sí misma⁶¹, y si aceptamos que al trabajo se le pueda aplicar cualquier tecnología en tanto que el empresario goza de libertad de empresa para gestionar su organización, entonces estaremos aplicando la tecnología a las personas. El Derecho del Trabajo debe funcionar entonces como dique de contención, por un lado, y como instrumento de regulación, por el otro, con el objetivo de canalizar ese conflicto de nuevo e intervenir en el desequilibrio de poderes: «se necesita un rearme teórico de los planteamientos reformistas que abogan por un control democrático de los problemas sociales provocados por el modo de producción dominante⁶²».

En definitiva, en lugar de cuestionar la relevancia de las normas laborales frente a la Cuarta Revolución Industrial, es fundamental reconocer su importancia como mecanismo de protección. El Derecho del Trabajo debe evolucionar y adaptarse a los desafíos planteados por la transformación digital, ofreciendo un marco normativo que garantice los derechos laborales, salvaguarde el bienestar de los trabajadores y asegure un enfoque centrado en el ser humano en un mundo laboral en constante cambio. El objetivo es establecer un marco regulador que permita el progreso tecnológico pero que garantice los derechos fundamentales. Esto implica desarrollar leyes que no solo regulen el uso de la inteligencia artificial y otras tecnologías emergentes, sino que también promuevan prácticas éticas, protejan la privacidad y la dignidad de los trabajadores y garanticen que tengan acceso al trabajo decente.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GORDÓN, F.: “Reflexiones filosóficas sobre la tecnología y sus nuevos escenarios”, *Sophia, Colección de filosofía de la educación*, núm 11, 2011, 123-172.
- ALOISI, A. y DE STEFANO, V.: *Il tuo capo é un algoritmo*, Tempi nuovi, 2020.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: *El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo: desafíos y propuestas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: “La vigencia de las funciones históricas del Derecho del Trabajo en el siglo XXI”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones laborales y Derecho del empleo*, volumen 7, número 2, abril-junio 2019, 7-45.
- BARONA VILAR, S.: *Algoritmización del derecho y de la justicia. De la inteligencia artificial a la Smart justice*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- BAYLOS, A.: “La larga marcha hacia el trabajo formal: el caso de los riders y la ley 12/2021”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 40 (1), 2022, 95-113.
- BAZ RODRÍGUEZ, J.: “Responsabilidad algorítmica y gobernanza de la IA en el ámbito sociolaboral. Entre la perspectiva y la prospectiva”, *Revista Trabajo y Derecho*, nº 89, 1 de mayo de 2022, Wolters Kluwer.

⁶¹ SINZHEIMER, HUGO, *La esencia del Derecho del Trabajo*, 1927, 73.

⁶² ÁLVAREZ DEL CUVILLO, ANTONIO, op.cit.

- CARR, N.: *Atrapados. Cómo las máquinas se apoderan de nuestras vidas*, Taurus, 2014.
- COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*, Bruselas COM, 168 final.
- COMISIÓN EUROPEA: *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, Bruselas COM (2020) 65 final.
- COMISIÓN EUROPEA: *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas*, Bruselas COM (2021) 762.
- COMISIÓN EUROPEA: *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión*, Bruselas, COM (2021).
- CRUZ VILLALÓN, J.: “El Derecho del Trabajo ante la transformación digital”, *Revista de Derecho Social*, núm.100, 2022, 141-170.
- DE STEFANO, V.: *Algorithmic management and collective bargaining*, ETUI, Brussels, 2021.
- DEL REY GUANTER, S.: “El Estatuto de los Trabajadores ante el impacto de las tecnologías disruptivas en la organización del trabajo y en las relaciones laborales: una aproximación general”, en *AEDTSS, Estatuto de trabajadores, 40 años después: XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ponencias, Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020.
- DÍAZ MARTINEZ, J.A. y NOVA MELLE, P.: “La perspectiva sociológica: su naturaleza e institucionalización”, en VALLÉS, J.M, MARTÍ I PUIG, S. (Dirs.), *Introducción a la Sociología para las Ciencias Sociales*, UNED, Madrid, 2018.
- EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, BREQUE, M., DE NUL, L., PETRIDIS, A.: *Industry 5.0: towards a sustainable, human-centric and resilient European industry*, Publications Office, 2021.
- GABRIEL, M.: *El sentido del pensamiento, Pasado y presente*, 2019.
- GARCÍA MEXÍA, P. y PÉREZ BES, F. (Eds.): *Artificial intelligence and the Law*, La ley Wolters Kluwer, 2021.
- GARCÍA MONTERO, L.: *La inteligencia artificial no existe*, 2022. <https://elpais.com/opinion/2022-01-09/la-inteligencia-artificial-no-existe.html>
- GÓMEZ MUÑOZ, J.M. y MORENO DÍAZ, J.M.: *Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto*, Bomarzo, Albacete, 2021.
- GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, COMISIÓN EUROPEA: *Directrices éticas para una IA fiable*, 2019.
- HAJIAN, S. y DOMINGO-FERRERO, J.: “A methodology for direct and indirect discrimination prevention in data mining”, *IEEE Transactions on Knowledge and Data Engineering*, vol.25, n.7, julio 2013, 1445-1459.
- KÖHLER, H.-D. y MARTÍN ARTELES, A.: *Manual de sociología del trabajo y de las Relaciones Laborales*, Delta Publicaciones, Madrid, 2010.
- LASSALLE RUIZ, J.M.: *Ciberleviatán*, Arpa Editores, Barcelona, 2019.
- MERCADER UGUINA, J.R.: *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- MERCADER UGUINA, J.R.: “En busca del empleador invisible: algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo”, *El cronista: inteligencia artificial y derecho*, núm. 100, 2022.

MERCADER UGINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales. Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital*, Tirant lo Blanch, 2023.

- DÍAZ DE ATAURI, P.G., “La interpretación de fuentes y conceptos en el derecho social ante la disrupción digital: mutación, interpretación histórica y evolución semántica”.
- NIETO ROJAS, P. “La disrupción digital y su impacto en los medios de acción sindical”.
- PÉREZ DEL PRADO, D. “Los tradicionales conceptos de trabajador y empresario en un mundo digital”.

OLARTE ENCABO, S.: “La aplicación de la IA a los procesos de selección del personal y ofertas de empleo: impacto sobre el derecho a la no discriminación”, *Documentación laboral*, num. 119, 2020, vol. I, 79-98.

PÉREZ, C.: *Revoluciones tecnológicas y capital financiero, la dinámica de las grandes burbujas financieras y las épocas de bonanza*, Siglo veintiuno, México, 2004.

PÉREZ DEL PRADO, D.: *Derecho, economía y digitalización: el impacto de la inteligencia artificial, los algoritmos y la robótica sobre el empleo y las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

RIFKIN, J.: *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Paidós, Barcelona, 1996.

RIFKIN, J.: *La Tercera Revolución Industrial*, Paidós, Barcelona, 2011.

RIVAS VALLEJO, P.: *La aplicación de la Inteligencia Artificial al trabajo y su impacto discriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

ROCHER, G.: *Introducción a la Sociología General*, Barcelona, Herder, 1990.

PLÁ RODRIGUEZ, A.: *Los principios del derecho del trabajo*, Montevideo, Editorial De Palma, 2015.

SÁNCHEZ COTTA, A.: “Dataísmo y transhumanismo. La pugna por la supremacía ideológica de la nueva normalidad”, en BERMÚDEZ VÁQUEZ, M. (Coord.), *Luces en el camino: Filosofía y Ciencias Sociales para tiempos de desconcierto*, Dykinson, 2021.

SCHWAB, K.: *La Cuarta Revolución Industrial*, Debate, Barcelona, 2016.

SECRETARÍA DE ESTADO DE DIGITALIZACIÓN E INTELIGENCIA ARTIFICIAL. MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL: *Tecnologías digitales en la empresa*. Observatorio Nacional de Tecnología y Sociedad. Red.es, 2023.

SINZHEIMER, H.: *La esencia del Derecho del Trabajo*, 1927.

TODOLÍ SIGNES, A.: *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

ZUBOFF, S.: *La era del capitalismo de vigilancia*, Paidós Ibérica, 2020.

O TRABALHO EM FUNÇÕES PÚBLICAS E A CONTRATAÇÃO COLETIVA: CONFLUÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS

**Public service labour and collective bargaining: Confluences and
divergences**

**El trabajo en funciones públicas y la contratación colectiva:
confluencias y divergencias**

JOÃO ZENHA MARTINS

Professor Associado da NOVA School of Law
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
zenha.martins@gmail.com

Recibido: 14/07/2023 – Aceptado: 11/09/2023

Resumo

O trabalho em funções públicas conheceu transformações profundas, procurando convergir com o regime laboral de direito privado. Sendo construído a partir de uma tipologia unitária baseada no contrato de trabalho em funções, há, todavia, um conjunto de especificidades impostas pela Constituição da República portuguesa, que conhecem na cessação do contrato de trabalho em funções públicas ou no princípio da igualdade de acesso à função pública importantes corolários. A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas encerra hoje um conjunto de aspetos contraditórios que transportam para os trabalhadores em funções públicas um regime globalmente penalizador. Contém, de igual modo, um sistema *sui generis* de contratação coletiva, que limita em parte a autonomia coletiva.

■ Palavras-chave:

Trabalho em funções públicas;
Interesse público; Direito
administrativo; Regime privado;
Entropias; Direito de contratação
coletiva; Acordos coletivos de
trabalho; Sindicatos

■ Keywords:

Public employment; Public interest;
Administrative law; Private regime;
Entitlements; Collective bargaining;
Collective labour agreements; Trade
unions

Abstract

Public service labour has undergone profound changes, seeking to converge with the private law labour regime. Being built on a unitary typology based on the employment contract, there is, however, a set of specificities imposed by the Constitution of the Portuguese Republic, which

know in the termination of the employment contract in public functions or in the principle of equal access to the public service important corollaries. The General Law on Labour in Public Functions today contains a number of contradictory aspects that bring a globally penalising regime to workers in public functions. It also contains a sui generis system of collective bargaining, which partly limits collective autonomy.

Resumen

El régimen laboral de la función pública ha sufrido profundas transformaciones, buscando la convergencia con el régimen laboral de derecho privado. Construido a partir de una tipología unitaria basada en el contrato de trabajo, existe, sin embargo, un conjunto de especificidades impuestas por la Constitución de la República Portuguesa, que conocen en la extinción del contrato de trabajo en las funciones públicas o en el principio de igualdad de acceso a la función pública corolarios importantes. La Ley General del Trabajo en la Función Pública contiene hoy una serie de aspectos contradictorios que dan lugar a un régimen sancionador global para los trabajadores de la función pública. También contiene un sistema sui generis de negociación colectiva, que limita en parte la autonomía colectiva.

■ Palabras clave:

Trabajar en funciones públicas; Interés público; Derecho Administrativo; Régimen privado; Entropías; Derecho a la negociación colectiva; Convenios colectivos de trabajo; Sindicatos

1. Breve enquadramento – 2. Unificação laboral parcial – 3. Sistema fragmentário – 4. Articulação dos acordos coletivos de trabalho – Bibliografia

1. BREVE ENQUADRAMENTO

A consagração do direito de contratação coletiva para a Administração Pública no ordenamento jurídico português é uma realidade relativamente recente, que apenas ocorreu com a aprovação da Lei n.º 23/2004, de 22 de junho¹ (*novo regime do contrato de trabalho na Administração Pública*). Antes disso, o trabalho em funções públicas era tratado num conjunto de leis dispersas, surgidas em momentos diferentes. Este regime, sem cortar cerce com essa dispersão normativa, instituiu um sistema dualista de contratação coletiva: (i) aos trabalhadores nomeados ou com contrato administrativo de provimento, aplicava-se o regime da Lei n.º 23/98, de 26 de maio; (ii) aos trabalhadores com contrato de trabalho, por tempo indeterminado ou a termo, aplicava-se o regime de contratação coletiva especial previsto na Lei n.º 23/2004.

Contudo, se até então apenas as entidades públicas empresariais podiam recorrer à contratação coletiva, a verdade é que a contratação coletiva acabaria por não sair do

¹ Para os trabalhadores públicos foi criado o Decreto-Lei n.º 45-A/84, de 3 de fevereiro, depois substituído pela Lei n.º 23/98, de 26 de maio, os quais apenas asseguraram o direito de negociação coletiva e não o direito de contratação coletiva em sentido próprio.

campo das possibilidades, não existindo registo de qualquer instrumento de regulamentação coletiva de trabalho durante esse período. Isto sucedeu já depois do impacto que a versão primeira do Código do Trabalho (2003) teve no domínio do Direito coletivo do trabalho, visto que uma das poucas novidades trazidas por essa codificação consistiu no regime de caducidade das convenções coletivas de trabalho, suscetível de deixar sem cobertura convencional setores e empresas anteriormente regulados por essa via, verificando-se, em sequência, uma redução drástica do número de convenções anualmente celebradas.

No que à função pública diz respeito, essa situação apenas conheceu alterações significativas a partir de 2009, com a entrada em vigor do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (Anexo I da Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro)², pondo-se, em larga medida, cobro ao facto de os operadores jurídicos terem de lidar com dezenas de diplomas legais, entre os quais nem sempre havia perfeita harmonia, como consequência da diversidade dos contextos políticos e económicos em que tinham sido postos em vigor, mas, sobretudo, emprestando-se efetividade ao direito de contratação coletiva. É neste cenário que surge o primeiro acordo coletivo de carreiras gerais, o acordo coletivo de trabalho n.º 1/2009, de 28 de setembro.

2. UNIFICAÇÃO LABORAL PARCIAL

Este percurso só é inteligível se tivermos presente que é já neste século que, não obstante a parametrização contida na Constituição de 1976, surge um novo sistema de regulação da relação jurídica de emprego público, em parte influenciado pelas correntes da *new public management*, que desvaneceu o arquétipo predominantemente estatutário que vigorou durante décadas em Portugal³. Aproxima(ra)m-se, por um lado, os regimes aplicáveis aos trabalhadores do setor público e do setor privado –em larga medida, mediante a integração no âmbito do emprego público de vários dos institutos originários do Direito do Trabalho–, procurando-se, por outro, salvaguardar a essência do modelo específico de organização dos recursos contido no artigo 269.º da Constituição, cuja justificação, encontrando-se na prossecução do interesse público enquanto objetivo constitucional imposto à Administração Pública, implica a observância de princípios como o da igualdade, da proporcionalidade, da boa-fé, da justiça e da imparcialidade⁴.

² Que veio de par com a Lei dos Vínculos, Carreiras e Remunerações (LVCR), aprovada pela Lei n.º 12-A/2008, de 27.02.

³ Modelo que, em certa leitura, dimensionava a figura prussiana do *Staatsdiener* (servidor do Estado), cuja génese nomenclativa é remontável ao *Allgemeines Landesrecht* de 1794.

⁴ A Constituição da República Portuguesa prevê e protege uma relação jurídica de trabalho específica (correspondente à função pública no seu sentido estrito), mas não impõe a existência de um modelo de vínculo laboral “estatutário simples ou puro”. Em rigor: o legislador não está impedido de “prever outras formas jurídicas da relação de trabalho da Administração Pública, *maxime* optar pela forma típica das relações de trabalho privadas, o contrato de trabalho”: ANA F. NEVES, “O Direito da Função Pública”, *Tratado Administrativo Especial. Volume IV* (coord. Paulo Otero/Pedro Gonçalves), Almedina, Coimbra, 2010, pp. 331 e ss.

Existindo um conceito lato de trabalhador público, necessariamente adstrito à satisfação do interesse público, o dever de prossecução do interesse público aplica-se indistintamente a quem exerce funções públicas, seja qual for a natureza do vínculo subjacente. Mas será a partir da natureza matricial deste dever que ganha defensibilidade a perspectiva de que melhor seria a lei assumir um título constitutivo da relação de emprego unitário para, mediante a edificação de um conteúdo material homogéneo, afastar qualquer confusão entre o plano do conteúdo da relação que envolve os sujeitos laborais e o plano da natureza do título que funda a relação a relação laboral⁵.

Na medida em que o trabalhador não deva ser nomeado (por estar em causa função pela qual se manifesta a soberania ou a autoridade do Estado), designado em comissão de serviço (para o exercício transitório de cargo dirigente ou de confiança pessoal e/ou técnica) ou admitido por contrato individual de trabalho (por expressa previsão legal), a relação de emprego com a Administração Pública é constituível através da celebração de um *contrato de trabalho em funções públicas*.

É, pois, sob esse enquadramento que faz sentido operacionalizar um conceito mais lato de *relações de emprego na Administração Pública*. Esse conceito, que abarca vínculos jurídico-laborais de natureza pública e privada, decompõe-se em *relações de emprego público* (constituídas através de contratos de trabalho em funções públicas, de atos de nomeação ou de designação em comissão de serviço) e *relações de Direito laboral privado* (constituídas através da celebração de contratos individuais de trabalho), em panorama compósito, terminologicamente reconfigurado⁶ e globalmente misto. Pode situar-se nos finais da década de 90 a atribuição a alguns trabalhadores da Administração Pública do enquadramento relativo ao “contrato individual de trabalho”, fenómeno muito saliente no setor empresarial do Estado⁷ e no setor empresarial local⁸, mas também no seio da Administração indireta⁹, num movimento genérico de diversificação dos vínculos laborais e de tendencial retração da carga estatutário-administrativa de quem exercia, ou pretendia exercer, a sua atividade em benefício de entidades públicas.

⁵ Para tanto concorre ainda a existência de dúvidas quanto à contraposição entre funções ligadas ao exercício da autoridade pública e restantes funções administrativas, na sequência da qual se encontra justificação para a criação de modalidades diversas de atos constitutivos da relação jurídica de emprego público (contrato de trabalho em funções públicas/nomeação/comissão de serviço/cedência de interesse público). Em sentido aproximado, cfr. LUÍS FÁBRICA, “A natureza das funções e modalidades de constituição do vínculo de emprego público”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, UCP, Lisboa, 2015, pp. 375 e ss.

⁶ Pensa-se designadamente na *Lei de Vinculação, Carreiras e Remunerações*, com os trabalhadores nomeados definitivamente (anteriormente: nomeados), trabalhadores nomeados transitoriamente (anteriormente: agentes administrativos) e os trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas (anteriormente: contratados).

⁷ Artigo 16.º, n.º 1 da Lei n.º 558/99, de 17.12.

⁸ Artigo 45.º, n.º 1 da Lei n.º 53-F/2006, de 29.12.

⁹ De que são também exemplos o Decreto-Lei n.º 133/98, de 15.05, que criou o Instituto Nacional de Aviação Civil (INAC) – artigo 21.º, n.º 1; e o Decreto-Lei n.º 145/2007, de 27.04, que procedeu à revisão da lei orgânica do Instituto Nacional de Aviação Civil, I.P. (INAC, I.P.) – artigo 11.º, n.º 1.

Na sua essência, e já depois da substituição do conceito de “funcionário público” pelo conceito de “trabalhador da Administração Pública” operada pela revisão constitucional de 1982¹⁰, trata-se de mutação que não é desligável das modificações globais que marcam o Direito do Trabalho –em que o contrato individual reganha importância e o mosaico de relações entre fontes se redefine–, e que surge outro tanto como corolário de um certo movimento de atomização do Estado, pois o conceito de servidor público foi perdendo nitidez à medida que a autonomização do conceito de empregador público se foi sedimentando. Neste sentido, a admissão de uma relação laboral com diferentes empregadores públicos é a manifestação acabada do falecimento do Estado enquanto empregador unitário (artigo 26.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas)¹¹, verificando-se que, embora em períodos diversos, tanto a pluralização de entidades públicas quanto a designada privatização dos vínculos cedo apareceram acomodadas a desígnios de maior autonomia, de adaptação às necessidades contemporâneas e de flexibilidade gestonária. Mas esta fragmentação é, sobretudo, a expressão visível de que a complexificação da função administrativa trouxe consigo a criação de uma pluralidade, potencialmente irrestrita e para lá de qualquer delimitação constitucional apriorística, de entidades públicas, tantas vezes regidas por complexos normativos diferenciados.

O âmbito de aplicação da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas define-se em termos subjetivos e objetivos (artigos 1.º e 2.º).

Em termos subjetivos e na falta de indicação de sentido contrário, a lei é aplicável a todos os trabalhadores que exercem funções públicas independentemente do respetivo vínculo, desde que o façam em entidade da administração abrangida pelo seu âmbito de aplicação objetivo. Entendendo-se por Administração Pública em sentido orgânico o “sistema de órgãos, serviços e agentes do Estado, bem como das demais pessoas coletivas públicas, que asseguram em nome da coletividade a satisfação regular e contínua das necessidades coletivas de segurança, cultura e bem-estar”¹², subjetivamente a lei aplica-se a todos os trabalhadores vinculados a qualquer entidade integrada na Administração Pública em sentido orgânico, excluindo-se os militares das Forças Armadas, os militares da Guarda Nacional Republicana e o pessoal com funções policiais da Polícia de Segurança Pública cujos regimes de vinculação, carreiras e remuneração constem de leis especiais (n.º 2 do artigo 2.º).

No plano objetivo, abrangem-se os serviços da administração direta, indireta e autónoma (n.º 2 do artigo 1.º) e ainda os órgãos e serviços de apoio ao Presidente da República, da Assembleia da República, dos tribunais e do Ministério Público (ns.º 3

¹⁰ Ver, por exemplo, CLÁUDIA VIANA, “O Conceito de Funcionário Público -tempos de mudança”, *Scientia Juridica* 2007, n.º 312, pp. 610 e ss.

¹¹ Em regime que importa a figura da pluralidade de empregadores prevista no Código do Trabalho desde 2003 e que encontra na previsão de que “os empregadores públicos consideram-se sempre em relação de colaboração” um importante incentivo à sua concretização (n.º 2 do artigo 26.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas).

¹² Assim: DIOGO FREITAS DO AMARAL (com a colaboração de LUÍS FÁBRICA, CARLA AMADO GOMES E J. PEREIRA DA SILVA), *Curso de Direito Administrativo - Volume I* (3.ª ed.), Almedina, Coimbra, 2006, p. 34.

e 4 do artigo 1.º), excetuando-se os gabinetes de apoio dos membros do governo ou dos titulares dos órgãos da administração autónoma regional e autárquica, do Presidente da República, da Assembleia da República, dos tribunais e do Ministério Público, as entidades públicas empresariais e as entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo e o Banco de Portugal (n.º 1 do artigo 2.º).

A questão relativa ao enquadramento dos múltiplos vínculos que se abrigam em entidades públicas não é, de entre outros fatores, dissociável da técnica utilizada na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas: a justaposição entre o perímetro objetivo da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas e o seu âmbito de aplicação subjetivo adensa a multiplicidade de regimes aplicáveis no universo de entidades públicas (v.g. entidades reguladoras), dado que os trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas, conquanto integrem o quadro de pessoal de uma entidade pública, são abrangidos pela Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas –que, em razão da sua sinalagmaticidade congénita, se aplica *in extenso* ao respetivo empregador–, ao passo que os trabalhadores com contrato individual de trabalho, não obstante a identidade da entidade empregadora pública, estão abrangidos pelo Código do Trabalho, que vai outro tanto aplicar-se a essa entidade pública¹³.

Além dos problemas de natureza jurídico-constitucional quanto à potencial dissemelhança de retribuições associáveis ao exercício de funções similares por parte de trabalhadores com diferentes títulos constitutivos da relação jurídica de emprego, as questões suscetíveis, para lá da diferença regimental de direitos e de deveres, dos aspetos associados ao período normal de trabalho, à retribuição ou ainda à possível concorrência entre instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, encontram nos instrumentos de mobilidade laboral aplicáveis um campo expressivo de problemas, uma vez que a mobilidade prevista na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas não se mostra compatível com a existência de um contrato individual de trabalho¹⁴.

¹³ A situação conhece particularidades expressivas no caso da Autoridade da Mobilidade e dos Transportes, da Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos e, ainda mais salientemente, também na situação que envolve a Autoridade Nacional de Comunicações e a Autoridade Nacional da Aviação Civil.

¹⁴ Isto sucede também em razão do desfazamento que se verifica entre os instrumentos de mobilidade previstos no Código do Trabalho e os particularismos que envolvem algumas entidades públicas (*maxime* entidades reguladoras), desenhando-se, perante a ausência de uma estrutura empresarial, um quadro assaz restritivo quanto à sua operatividade. Sirva de exemplo a previsão do Código do Trabalho de que a cedência tem que ocorrer entre sociedades ligadas, em relação societária de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, ou entre empregadores que tenham estruturas organizativas comuns (al./b do artigo 289.º do Código do Trabalho), sob pena de, para além da contraordenação grave cabível (n.º 3 do artigo 289.º do Código do Trabalho), o trabalhador cedido poder optar pela permanência ao serviço da entidade reguladora em regime de contrato de trabalho sem termo (n.º 1 do artigo 289.º do Código do Trabalho). Assim, e com referência a um regulador, a uma entidade integrada no setor público empresarial ou a uma fundação pública de Direito Privado (como sucede como muitas universidades), a única via que permitirá ultrapassar a existência de uma relação societária entre cedente e cessionário e/ou a partilha

Se um dos fatores que mais salientemente distingue o trabalhador em funções públicas do trabalhador que desenvolve a sua atividade sob a esfera do Direito privado está no sentido e no alcance do *princípio da estabilidade no emprego* –a extinção da relação jurídica de emprego público só ocorre em situações manifestamente excepcionais, sendo, à luz do quadro normativo em vigor, inaplicáveis (i) o despedimento coletivo, (ii) o despedimento por inadaptação ou (iii) a extinção do posto de trabalho–, é importante não perder de vista que existe um conjunto de aspetos nucleares cuja aplicação não depende da existência de um título unitário de emprego público.

A presença destes aspetos impõe-se, por um lado, em função do modelo que a Constituição acolhe, constituindo, por outro, um desfecho da integração dos trabalhadores na organização da Administração Pública e no desenvolvimento da sua atividade.

Tratando-se de *especialidades* que entroncam no direito à carreira e o direito à promoção (n.º 2 do artigo 47.º), na proibição de acumulação de empregos ou cargos públicos (n.º 4 do artigo 269.º), nas incompatibilidades (n.º 5 do artigo 269.º), no regime disciplinar (n.º 3 do artigo 269.º), no regime de dependência hierárquica (ns.º 2 e 3 do artigo 271.º) ou no regime de responsabilidade (artigos 22.º e 271.º), encontra-se sobretudo aí a razão para que a presença do Direito administrativo nas relações de emprego públicas se mostre inafastável. Trata-se, afinal, do ramo do direito que cuida de regular a atividade e a organização da Administração Pública.

Assistindo-se, por isso, a uma confluência entre o Direito administrativo e o Direito do trabalho, cumpre, no entanto, salientar que esta junção produz, a espaços, efeitos indesejáveis. Sirva de exemplo o conjunto de disposições incidentes sobre a administração financeira do Estado, que, na prática, tem implicado, por um lado, a obrigação de reposição de valores (erroneamente) pagos a trabalhadores públicos vários anos depois do seu processamento, e, por outro, tem servido de lastro à interpretação de que, sendo os atos de processamento de vencimentos verdadeiros atos administrativos para efeitos de impugnação/condenação à prática de ato devido, um empregador público apenas tenha de repor a diferença salarial relativo ao período do último ano¹⁵. Eis um dos aspetos que, ao arrepio da convergência material que a legislação mais recente procurou estabelecer entre os trabalhadores públicos e privados, ainda dimensiona a carga administrativa subjacente a uma interpretação estatutária da laboração pública e que, a jusante, encontra reflexo no facto de um trabalhador que exerça funções públicas não poder recorrer à jurisdição laboral para

de instalações comuns com vista à cedência de um trabalhador com contrato individual de trabalho estará no recurso à contratação coletiva. Isto, dado que o n.º 2 do artigo 289.º do Código do Trabalho permite que as condições da cedência ocasional de trabalhador possam ser reguladas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, com exceção da condição prevista na al./c, já que o concurso da vontade do trabalhador é impreterível. Sobre o ponto: JOÃO ZENHA MARTINS, “A transformação dos vínculos de emprego público e as vicissitudes modificativas associadas à mobilidade laboral no contexto das entidades reguladoras”, *Revista de Direito e Estudos Sociais* 2016, n.º 1-4, pp. 146 e ss.

¹⁵ Aplicando-se (subsidiariamente) o Código do Trabalho, os créditos salariais apenas prescrevem um ano após a cessação do contrato de trabalho, nos termos do n.º 1 do artigo 337.º da Lei n.º 7/2009, de 12.02.

a resolução de qualquer litígio que o envolva¹⁶, mau grado a possibilidade de recurso ao Centro de Arbitragem Administrativa em tudo que não envolva direitos indisponíveis, acidentes de trabalho e doenças profissionais¹⁷.

Se o Código do Trabalho conhece aplicação subsidiária, mas, em paradoxo, o Código de Processo do Trabalho é inaplicável, é também sob essa lente que a Autoridade para as Condições de Trabalho está impedida de intervir no âmbito de qualquer litígio laboral¹⁸, potencial ou atual, que se suscite no quadro de um contrato de trabalho em funções públicas (n.º 2 do artigo 4.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas¹⁹), deixando-se folga para a leitura de que o Estado não convive bem com o duplice papel de fiscalizador e fiscalizado²⁰.

Ora, se estes traços decorrem de opções de política legislativa que não decorrem do texto constitucional, há, contudo, especificidades do contrato de trabalho em funções que são corolários do significado modelar que, não obstante a sua abertura, a Constituição acolhe. Para lá da existência de um sistema integrado de gestão e avaliação de desempenho da Administração Pública (que abrange os dirigentes e os trabalhadores, com princípios definidos no artigo 90.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, e contempla a avaliação dos próprios serviços)²¹, destaca-se, nesse âmbito, o direito de acesso à função pública: se o direito recortado no n.º 2 do artigo

¹⁶ A jurisdição administrativa e fiscal continua a ser o foro cabível para a dirimção de qualquer questão relacionável com o contrato de trabalho em funções públicas (artigo 12.º Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas). A situação é tanto mais indesejável quanto, como é natural, os tribunais administrativos e fiscais têm *per definitionem* pouca sensibilidade para o enquadramento de questões fisiologicamente laborais, ao que acrescerá, e à luz do que se conhece, um tempo médio de pendências superior ao que se verifica na jurisdição laboral. O enquadramento forense e processual é, por isso, potencialmente desvantajoso para um trabalhador que exerça funções públicas.

¹⁷ Ver al./d do n.º 1 do artigo 180.º do *Código de Processo nos Tribunais Administrativos* e, no que ao Centro de Arbitragem Administrativa diz respeito, o Despacho do Secretário da Justiça n.º 5097/99, de 27.01.

¹⁸ Nos termos do n.º 1 do artigo 3.º n.º 1 do Decreto-lei n.º 326-B/2007, de 28.09, “(a) ACT tem por missão a promoção da melhoria das condições de trabalho, através do controlo do cumprimento das normas em matéria laboral, no âmbito das relações laborais privadas, bem como a promoção de políticas de prevenção de riscos profissionais, e, ainda, o controlo do cumprimento da legislação relativa à segurança e saúde no trabalho, em todos os setores de actividade e nos serviços e organismos da Administração Pública central, directa e indirecta, e local, incluindo os institutos públicos, nas modalidades de serviços personalizados ou de fundos públicos”.

¹⁹ Segundo o disposto no n.º 3 do artigo 4.º, apenas “(c)ompete à Autoridade para as Condições do Trabalho a promoção de políticas de prevenção dos riscos profissionais, a melhoria das condições de trabalho e a fiscalização do cumprimento da legislação relativa à segurança e saúde no trabalho”.

²⁰ Embora o n.º 2 do artigo 4.º atribua competências em matéria laboral, de forma lassa, ao serviço com competência inspetiva do ministério que dirija, superintenda ou tutele o empregador público em causa e, cumulativamente, à Inspeção-Geral de Finanças, no que se refere às suas competências de coordenação, enquanto autoridade de auditoria neste domínio.

²¹ A regulação essencial do sistema encontra-se ainda na Lei n.º 66-B/2007, de 28.12.

47.º da Constituição, é, antes de tudo, o direito a um procedimento justo de seleção e recrutamento²², o concurso será a figura que dá substância à justeza do procedimento de seleção do trabalhador a recrutar²³. É que, como já sublinhou o Tribunal Constitucional²⁴, «independentemente do exato recorte do conceito de “função pública” constitucionalmente consagrado, não pode o regime de acesso previsto no artigo 47.º, n.º 2, da Constituição (com as suas notas de igualdade e liberdade e o princípio do concurso) deixar de valer, igualmente, para o acesso a tal lugar de trabalhador do Estado vinculado por contrato de trabalho sem termo. Tal trabalhador desempenharia uma atividade subordinada de trabalho, ao serviço da Administração, com um carácter tendencialmente permanente ou definitivo. E não se vê por que não hão de valer, para o acesso a tal posição, pelo menos com igual razão, as mesmas regras previstas na Constituição para o acesso à função pública em geral, sendo-lhe inteiramente aplicáveis os fundamentos que determinam a consagração constitucional destas regras»²⁵. Por isso, não se encontra isento de dúvidas jurídico-constitucionais

²² Na jurisprudência, entre vários, cfr. Ac. TC n.º 406/2003, de 17.09 (PAMPLONA DE OLIVEIRA), proc. n.º 470/01, Ac. TC n.º 683/99, de 21.12 (PAULO MOTA PINTO), proc. n.º 42/98, Ac. TC n.º 157/92, de 23.04 (MONTEIRO DINIZ), proc. n.º 288/90 e Ac. do TC n.º 53/88, de 08.03 (VITAL MOREIRA), proc. n.º 21/86.

²³ Este inicia-se com a publicação do aviso de abertura e termina com o decurso do respetivo prazo de validade.

²⁴ Ver Ac. do Plenário do TC n.º 683/99, de 21.12 (PAULO MOTA PINTO), proc. n.º 42/98. No mesmo sentido: «[a]inda que se entenda que para o recrutamento de pessoal sujeito ao regime do contrato individual de trabalho se não justifica a realização de um concurso público, nem por isso se pode deixar de reconhecer que a seleção e o recrutamento desse pessoal deverá sempre ter lugar através de procedimentos administrativos que assegurem a referida liberdade e igualdade de acesso», cfr. Ac. n.º 406/2003, de 17.09 (PAMPLONA DE OLIVEIRA), proc. n.º 470/01.

²⁵ Devendo, pois, para o efeito, adotar-se um procedimento de avaliação e seleção que garanta o respeito dos princípios da igualdade de condições e oportunidades dos candidatos, da imparcialidade de tratamento dos candidatos e da prestação de informação completa e clara sobre o decurso do procedimento e da conclusão do mesmo, não há, quanto ao mais, especificidades a salientar relativamente aos termos em que a contratação laboral por tempo indeterminado se processa, assumindo-se que, não obstante as limitações sucessivamente inscritas nas Leis do Orçamento de Estado, essa é, na atualidade, o regime-regra no universo dos reguladores, sem prejuízo da existência de um mapa de pessoal único, que albergará também os titulares de uma relação pública de emprego *stricto sensu*. No âmbito da planificação da atividade, os postos de trabalho englobam todas as modalidades de vínculo de emprego, o que, naturalmente, implica que se esteja em presença de trabalho subordinado. Incluem-se naqueles postos de trabalho as relações jurídicas constituídas por contrato de trabalho em funções públicas, por tempo indeterminado ou a termo resolutivo, certo ou incerto, por nomeação e bem assim o exercício de cargos em comissão de serviço, com exceção natural das prestações de serviço, uma vez que estas não são trabalho subordinado. Na identificação dos postos de trabalho não são contabilizados, nomeadamente, os trabalhadores do serviço que se encontrem provisoriamente em exercício de funções ao abrigo de figuras de mobilidade geral ou em exercício de funções externas à entidade. A elaboração dos mapas de pessoal (número de postos de trabalho e sua caracterização) traduz um juízo objetivo de avaliação sobre a necessidade de garantir, no plano da organização do trabalho, uma adequada resposta às necessidades impostas pela lei, pelas orientações estratégicas superiormente fixadas e pelas decisões organicamente tomadas. É em função dessa avaliação e como resultado dela que o órgão ou serviço verifica se se encontram em funções trabalhadores em número suficiente, insuficiente ou excessivo.

o regime de mobilidade previsto na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas. Como resulta dos artigos 92.º e 93.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas a mobilidade interna reveste as formas de mobilidade na categoria e de mobilidade intercarreiras ou categorias, podendo efetuar-se dentro do mesmo órgão/serviço ou entre dois órgãos ou serviços. A mobilidade na categoria consiste no exercício de funções inerentes à categoria do trabalhador, dentro da mesma atividade ou em atividade diferente para que detenha habilitação adequada²⁶; já a mobilidade intercarreiras ou intercategorias opera para o exercício de funções inerentes a outra carreira ou a outra categoria dentro da carreira de que se é titular, exigindo-se habilitação adequada e nunca podendo dar azo a modificação substancial da posição do trabalhador, estando-se, no que à mobilidade intercategorias diz respeito, perante um pressuposto de carreira pluricategorial, no sentido a que a cada categoria tem de corresponder um conteúdo funcional diferente²⁷. Mais: após a Lei n.º 42/2016, de 28.12, a consolidação da mobilidade intercategorias apenas depende de (i) acordo do trabalhador, (ii) posto de trabalho disponível²⁸, (iii) formação específica, conhecimentos ou experiência legalmente exigidos para o recrutamento dos postos de trabalho em causa e (iv) e da verificação da duração do período experimental estabelecido para a função em causa, não se vislumbrando, portanto, apesar da introdução recente de um preceito destinado à publicitação da mobilidade (artigo 97.º-A da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas)²⁹, a exigência de concurso público.

²⁶ Aqui, como notam PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR, *Comentários à Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas - I volume*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 349 e ss., o trabalhador continua a exercer as funções próprias da sua categoria noutra ou no mesmo órgão ou serviço, mantendo ou não a atividade aí exercida, o que significa que continua a executar o conteúdo funcional da sua categoria, embora o faça noutra local de trabalho, pertencente ou não ao mesmo serviço, ou no exercício de uma atividade diferente aquela que vinha aí exercendo (v.g. o técnico superior jurista que está no departamento de obras e passa a exercer a sua atividade, no mesmo ou noutra órgão, no departamento de contraordenações).

²⁷ Ainda PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR, *Comentários à Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas - I volume*, cit., 349 e ss., salientando-se que se na mobilidade intercarreiras o trabalhador passa a exercer funções diferentes das que correspondem ao conteúdo funcional da categoria e carreira em que está provido - pelo que se está perante uma mobilidade funcional vertical, em que o trabalhador é chamado a exercer funções que não integram nem são afins ou funcionalmente ligadas às da sua carreira e categoria, antes se tratando de funções próprias de uma carreira diferente, que faz apelo a um grau de complexidade funcional igual ou diferente -, já na mobilidade intercategorias também se está perante uma mobilidade funcional vertical, embora não se possa dizer que o trabalhador passa a executar funções que integram o conteúdo funcional de outra carreira. Na verdade, na mobilidade intercategorias o trabalhador mantém-se a exercer as funções que são próprias da carreira em que está provido, passando apenas a executar as funções que são específicas de uma determinada categoria dessa mesma carreira, sejam elas de uma categoria superior ou inferior.

²⁸ No caso de coordenadores técnicos, encarregados operacionais e encarregados gerais operacionais deverá observar-se ainda a regra de densidade prevista no art.º 88.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas.

²⁹ O artigo 97.º-A da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas foi introduzido com a Lei n.º 25/2017, de 30.05.

Se também no que respeita à suspensão do contrato de trabalho são encontráveis algumas especificidade (desde logo quanto à possibilidade de a cedência de interesse público constituir uma modificação suspensiva do contrato de trabalho³⁰), cabe relevar a gravosidade subjacente ao desconto do período de licença sem remuneração na antiguidade do trabalhador (suspensão por convergência de vontades, *a simile* com a cedência), solução que, contrastando também com o regime desenhado no Código do Trabalho, introduz uma fratura sistemática de relevo, penalizando, de forma pouco racional, os trabalhadores em funções públicas. Inviabilizando-se, na prática, a utilização da figura da licença sem remuneração como um mecanismo alternativo de mobilidade, a figura da mobilidade *in genere* é, no entanto, e em paradoxo, frequentemente prefigurada como um mecanismo otimizador de recursos, destinado a um aproveitamento racional dos trabalhadores.

3. SISTEMA FRAGMENTÁRIO

Como característica de fundo que marca a forma como a relação de emprego público nasce, vive e se extingue, encontra-se uma substancial constrição da autonomia negocial que dá expressão à presença do Direito administrativo.

O princípio da legalidade e a plêiade de normas injuntivas que balizam a atuação da Administração Pública vedam a possibilidade de negociação relativamente a muitos aspetos, de que é exemplo saliente aquele que diz respeito ao objeto do contrato, uma vez que a atividade subordinada que o trabalhador vai prestar é definida por remissão para o conteúdo funcional da categoria ou carreira na qual se insere, o qual deve ser descrito de forma abrangente (artigo 80.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas)³¹.

É igualmente o que se verifica, e ainda por contraste com o Direito laboral comum, com a exigência de procedimento concursal obrigatório (n.º 3 do artigo 33.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas), com as restrições quanto à possibilidade de o trabalhador negociar a remuneração, dentro das posições remuneratórias

³⁰ Possibilidade que, enquanto tal, não deixa de se permear a críticas, designadamente nos casos em que a remuneração subjacente é satisfeita, total ou parcialmente, pela cedente ou, em hipótese que não é rejeitável, nas situações em que a cedência opere de modo parcial. Neste plano, acresce o facto de a cedência não aparecer enxertada na Secção da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas que se ocupa da suspensão do vínculo de emprego público, mau grado a epígrafe atinar com “(o)utras situações de redução da atividade ou suspensão do vínculo de emprego público” e de o artigo 276.º salvaguardar as situações de suspensão fundadas em acordo das partes, segmento que, todavia, suscita, e em espectro mais vasto, problemas conexos com uma alegada tipicidade das situações de suspensão negocial e do campo deixado às partes para, nesse domínio, forjarem situações de suspensão não reconduzíveis à licença sem remuneração (e neste domínio específico também à cedência de interesse público) e, em caso afirmativo, acerca das folgas existentes quanto à conformação dos efeitos produzíveis pela suspensão.

³¹ Ao passo que, no âmbito do Código do Trabalho, os sujeitos podem dispor e acordar sobre a atividade contratada ou por remissão para instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho ou regulamento interno da empresa (artigo 115.º do Código do Trabalho).

estabelecidas para as diversas carreiras da Administração Pública (artigo 38.º Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas), com a sujeição dos contratos a um modelo oficial a aprovar por Portaria dos membros do Governo responsáveis pelas finanças e pela Administração Pública, com a inaplicabilidade do princípio da liberdade de forma no reconhecimento do vínculo (preterição da forma: nulidade do contrato, *ex vi* do artigo 161.º do Código do Procedimento Administrativo) ou ainda com a inafastabilidade do período experimental (artigo 45.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas).

Mas existem tendências centrífugas que, contrariando a exaltação de um regime unitário, contribuem para uma individualização das relações de trabalho. Estas pulsões, que tornam nebuloso o princípio da legalidade e turvam a homogeneidade de enquadramentos remuneratórios prosseguida (com expressão última na adoção de uma tabela remuneratória única), encontram na admissibilidade de uma pré-reforma ou na possibilidade de pactos de não concorrência, face às compensações subjacentes, revelações significativas.

Veja-se, por exemplo, o artigo 77.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, que encontrando correspondência no artigo 136.º do Código do Trabalho, vem permitir a perceção de uma compensação por parte de trabalhadores que celebrem um pacto de não concorrência (sem que a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas estabeleça qualquer limite percentual *per relationem* com a retribuição), numa solução que, quedando abandonada ao juízo que as diferentes entidades empregadoras públicas façam acerca da necessidade de proteger a concorrência diferencial, traduz a visão de que, em sentido lato, o Estado prossegue interesses industriais ou comerciais. Essa tutela, sendo materializável através de um sacrifício à liberdade de trabalho, corresponde à conspeção de que os entes públicos são agentes de mercado que, em estiolamento do interesse público pretensamente subjacente, atuam em lógica concorrencial³².

O mesmo se passa, embora com especificidades, no âmbito da aplicabilidade da pré reforma, figura em que a prestação do trabalhador com idade igual ou superior a 55 anos suspende-se ou reduz-se, ficando este com o direito a receber uma prestação pecuniária mensal enquanto durar a situação, e podendo, entretanto, exercer outra atividade remunerada a título próprio ou subordinado (artigo 284.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas); a situação de pré-reforma termina com a reforma do trabalhador por velhice ou invalidez, com o regresso às suas funções mediante acordo com o empregador, com cessação do contrato de trabalho por qualquer outra forma (artigo 287.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas)³³, forjando-se, *hoc*

³² Sobre a figura dos pactos de não concorrência, que na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas não apresentam (criticavelmente) qualquer diferença face ao desenho contido no Código do Trabalho, permita-se a remissão para JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos pactos de limitação à liberdade de trabalho*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 543 e ss.

³³ Salienta-se, contudo, o travão subjacente ao n.º 2 do artigo 284.º, ao prever-se que “(a) situação de pré-reforma constitui-se por acordo entre o empregador público e o trabalhador e depende da prévia autorização dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da Administração Pública”.

sensu, um mecanismo que, “na prática empresarial, é semelhante à reforma e constitui um regime de desvinculação em que só juridicamente se mantém o contrato em homenagem teórica a uma improvável reconstituição da situação anterior”³⁴.

Assim, cessado o contrato de trabalho, e caso a modalidade de cessação subjacente confira ao trabalhador direito a indemnização ou compensação se estivesse no pleno exercício de funções, o trabalhador tem, à semelhança do que determina o artigo 322.º do Código do Trabalho, direito a uma indemnização no montante das prestações de pré-reforma até à idade legal de reforma – indemnização que, assim prevê o n.º 3 do artigo 287.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, tem por base o montante da prestação de pré-reforma à data da cessação do contrato de trabalho –, criando-se, também segundo a jurisprudência recente do Supremo Tribunal de Justiça, uma situação de imunização compensatória que consome qualquer indemnização ou compensação associável à cessação do vínculo por motivo não imputável ao trabalhador³⁵. Esta, em muitos casos, pode quedar em valor manifestamente inferior à que resultará da aplicação do n.º 2 do artigo 287.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas³⁶.

Por fim, é importante revisitar o entrelaçamento entre interesse público e a suposta absolutização de um dever de exclusividade: os trabalhadores da Administração Pública estão exclusivamente ao “serviço do interesse público” definido conforme a lei pelos órgãos competentes da Administração. Os ns.º 4 e 5 do artigo 269.º da Constituição tratam das acumulações de empregos.

Em geral, o exercício de uma atividade laboral em exclusividade aparece preditado por políticas estaduais relativas à dinamização do mercado ou recortadas a partir do grau de responsabilidade, de transparência ou de dedicação que determinadas profissões exigem. A possível verificação de conflitos de interesses concorre também,

³⁴ BERNARDO LOBO XAVIER, *O Despedimento Colectivo no dimensionamento da empresa*, Verbo, Lisboa, 2000, p. 493. O Decreto Regulamentar n.º 2/2019 de 5 de fevereiro, fixa as regras da prestação a atribuir, nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 286.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas.

³⁵ Embora tirado à luz do Código do Trabalho, e sendo referido a um caso de despedimento coletivo, veja-se o Ac. STJ de 12.10.2017 (ANA LUÍSA GERALDES), proc. n.º 24623/16.7T8LSB.S1.

³⁶ Temos para nós que a atribuição *in melius* de um montante indemnizatório a quem se encontra liberto do desenvolvimento de qualquer atividade laboral é solução que, para lá da irracionalidade subjacente, se mostra virtualmente vulneradora do princípio da igualdade, ao outorgar um tratamento de privilégio, por comparação com quem trabalha *de pleno*, a quem se encontra exonerado da prestação principal que entretece a relação laboral. Trata-se ainda de uma distopia perante o presumido afastamento de uma lógica irrestrita de individualização das relações de trabalho, a qual procura evitar que as diferenciações referentes a indemnizações ou compensações quedem abandonadas à sorte do poder negocial dos sujeitos laborais. É que, não podendo haver qualquer diferenciação retributiva fundada em categorias meramente subjetivas, vislumbra-se sentido na solução interpretativa, construível a partir de uma redução teleológica, que visa impedir que essa diferenciação, fundada em categorias meramente subjetivas, possa ocorrer a jusante em relação a uma compensação cuja quantificação opera a partir do elemento retributivo.

em determinados setores de atividade, para o estabelecimento de limitações quanto ao exercício de outras funções remuneradas, visando-se, em atenção à função social de certas profissões, evitar situações que possam traduzir-se em falta de independência, de dignidade profissional ou de isenção no exercício do respetivo *minus*.

Mas, numa sociedade em que o saber-fazer e as competências são recursos que devem ser aproveitados em escala máxima, a proibição da pluriatividade ou o incentivo legal à exclusividade impedem a difusão das competências, produzindo efeitos desincrementalistas sobre o desenvolvimento económico, criando barreiras artificiais à circulação de conhecimentos e nivelando os rendimentos profissionais com base em fatores extrínsecos ao mérito e às competências dos trabalhadores.

O artigo 20.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, com epígrafe 'incompatibilidade com outras funções', determina que "(a)s funções públicas são, em regra, exercidas em regime de exclusividade", viabilizando a leitura de que o pluriemprego é, por princípio, inadmissível³⁷.

Contudo, bem lido artigo 269.º da Constituição, faz-se uma distinção, nos ns.º 4 e 5, entre, por um lado, a acumulação de um emprego público com outro emprego público e, por outro, a acumulação de um emprego público com um emprego privado, para, de seguida, se configurar um regime jurídico distinto. Daí resulta que, ao passo que a acumulação de um emprego público com outro emprego público é proibida [exceto nos casos expressamente admitidos por lei (n.º 4)], a acumulação de um emprego público com um emprego privado é permitida [exceto nos casos determinados pela lei (n.º 5)].

Sem que caiba, de forma simplista, considerar que o artigo 20.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas é inconstitucional –uma vez que a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas impõe uma exclusividade que está para lá do enquadramento extraível do artigo 269.º da Constituição, o qual apenas confere permissão para enumerar as situações em que as funções públicas têm de ser exercidas em exclusividade³⁸–, impõe-se fazer uma interpretação conforme com a Constituição³⁹.

³⁷ Ler ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho – Parte IV*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 618: "(n)o universo do emprego público (...) o princípio norteador geral do exercício de funções públicas é o princípio da exclusividade (artigo 20.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas), sendo a acumulação dessas funções com outras funções públicas e com funções privadas admitida apenas em situações limitadas e mediante requisitos apertados, que constam do regime das incompatibilidades (artigos. 21º a 24º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas) – em suma, neste universo a regra não é a da admissibilidade do pluriemprego".

³⁸ Ler PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – 1º volume, arts. 1º a 240.º*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 146.

³⁹ Permita-se a remissão para o nosso "Neoconstitucionalismo e interpretação conforme", *Teoria da argumentação e neo-constitucionalismo: um conjunto de perspectivas* (org. António Manuel Hespanha/Teresa Pizarro Beleza), Almedina, Coimbra, 2011, pp. 191-213.

O desfecho hermenêutico estará em considerar que, sem prejuízo da prossecução exclusiva do interesse público sempre que estejam em funções (desde logo: n.º 1 do artigo 266.º da Constituição), os trabalhadores públicos não prestam o seu trabalho em regime de exclusividade, afastando-se, por conseguinte, qualquer confusão entre a necessidade de os trabalhadores obterem uma prévia autorização para o efeito e qualquer obrigação de exclusividade, e rejeitando-se liminarmente qualquer proibição apriorística de, a par do trabalho público, terem um trabalho privado⁴⁰.

4. ARTICULAÇÃO DOS ACORDOS COLETIVOS DE TRABALHO

O Direito do trabalho construiu-se através (i) do trânsito da autonomia privada para a heteronomia normativa, acionado a partir de regras públicas que protegem os trabalhadores, e (ii) da passagem do individual para o coletivo, substanciada na criação de instrumentos aptos a articular um contrapoder social que permite o surgimento de uma nova ideia de autonomia, agora autonomia coletiva.

Esta estrutura regulativa vale de igual modo para o trabalho que é desenvolvido no âmbito da Administração Pública, não obstante o oblívio votado durante décadas à autonomia coletiva (supra) e as limitações geneticamente impostas pelo interesse público⁴¹.

Antes da contratação coletiva, vem, contudo, a negociação coletiva, que, além de ser uma forma de participação democrática dos trabalhadores na vida económica e social, constitui um instrumento central para a defesa de condições de trabalho dignas.

Não havendo contratação coletiva sem negociação coletiva (a negociação coletiva corresponde a uma das fases da contratação coletiva, a denominada fase negocial), trata-se de um direito que, nos termos do artigo 347.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, é exclusivo das associações sindicais (n.º 2).

Visa-se (i) obter um acordo sobre as matérias que integram o estatuto dos trabalhadores em funções públicas, a incluir em atos legislativos ou regulamentos administrativos aplicáveis a estes trabalhadores⁴² e (ii) celebrar um instrumento de

⁴⁰ Ainda: PAULO VEIGA E MOURA e CÁTIA ARRIMAR, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas – 1º volume, arts. 1º a 240.º*, cit., p. 146.

⁴¹ Encontra-se aí, no interesse público, o fundamento para a consagração de um conjunto de especificidades no que à regulamentação coletiva diz respeito, embora se convoque uma ideia de pluralismo normativo, no sentido em que o Estado deixou de deter o monopólio de criação dos preceitos juridicamente vinculantes e em que, também por isso, a tradicional função da contratação coletiva de melhoria das condições de trabalho desempenha um papel importante.

⁴² Aqui, é extenso o leque de matérias objeto de negociação. A negociação vai desde a constituição, a modificação e a cessação do vínculo até aos próprios direitos coletivos (artigo 350.º), tendo em vista a sua projeção na Lei do Orçamento de Estado⁴². Estando os termos da negociação previstos no artigo 351.º e ss. da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, o acordo sobre o estatuto dos trabalhadores em funções públicas obriga o Governo a adotar as medidas legislativas ou administrativas adequadas ao seu cumprimento. Se for

regulamentação coletiva convencional aplicável a trabalhadores com contrato de trabalho em funções públicas⁴³.

A contratação coletiva integra, em regra, quatro fases principais: (i) a fase inicial, ou seja, aquela em que é desencadeado o processo, via de regra através da apresentação de uma proposta negocial à outra, ou outras partes; (ii) a fase negocial, isto é, aquela em que as partes procuram chegar a um acordo; (iii) a fase de celebração do acordo e (iv) a fase do depósito e publicitação desse mesmo acordo.

A legitimidade para este processo encontra-se no artigo 349.º, prevendo-se que, no caso de negociação coletiva setorial, estando em causa matéria relativa a carreiras especiais, apenas as associações sindicais com assento na Comissão Permanente de Concertação Social e as associações que representem pelo menos 5% dos trabalhadores integrados na carreira especial em causa podem intervir. Nos termos do artigo 13.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, exclui-se a regulamentação coletiva das fontes normativas aplicáveis aos nomeados ou à comissão de serviço, dada a natureza estatutária do vínculo subjacente, embora estes tenham o direito de participação na elaboração da legislação que lhes é aplicável⁴⁴.

Assim, no que respeita à contratação coletiva propriamente dita, é sabido que a existência de liberdade sindical não implica, por si, que todas as associações sindicais disponham do “direito de contratação coletiva”. Por norma, cada ordenamento jurídico estabelece um sistema que define quem tem legitimidade para exercer este direito, designadamente em função da sua representatividade. E esse sistema pode ser mais ou menos exigente, podendo em casos extremos condicionar os resultados e o funcionamento da contratação coletiva. É justamente o que se verifica no âmbito do trabalho em funções públicas, onde, ao contrário do que se verifica com o Direito coletivo comum⁴⁵, se introduz(iu) um princípio de representatividade, em linha com as coordenadas estabelecidas pela Organização Internacional do Trabalho, que continua a defender a existência de critérios objetivos e previsíveis de representatividade.

Aqui, não são quaisquer sindicatos que podem subscrever um instrumento de regulamentação coletiva de trabalho. Trata-se de um sistema fechado, em que apenas podem intervir as confederações que dispõem do estatuto de parceiros sociais; as associações sindicais cujos efetivos correspondam a pelo menos 5,0% do número total de trabalhadores que exercem funções públicas; os sindicatos que representem

matéria que careça de intervenção da Assembleia da República, tem 45 dias para submeter a proposta de lei à Assembleia da República, sendo que, na falta de acordo, o Governo toma naturalmente a decisão que considerar adequada (n.º 2 do artigo 354.º).

⁴³ Os princípios que balizam a negociação coletiva vêm previstos no artigo 348.º, designadamente boa fé, celeridade, cooperação, interesse público e transparência.

⁴⁴ Sobre o ponto, ler PEDRO MADEIRA DE BRITO, “O reconhecimento legal do direito à contratação colectiva dos trabalhadores da Administração Pública”, *Questões Laborais* 2014, n.º 45, pp. 329 e ss.

⁴⁵ Cumpre não perder de vista que a ausência de critérios de representatividade sindical tem sido apontado como um dos aspetos que genericamente descredibiliza o nosso sistema de relações laborais.

trabalhadores de todas as administrações públicas e, na administração do Estado, em todos os ministérios, desde que representem pelo menos 2,5% dos trabalhadores que exercem funções públicas (no caso das carreiras gerais); por fim, as confederações com estatuto de parceiro social e os sindicatos que representem pelo menos 5% do total de efetivos na carreira (no caso das carreiras especiais)⁴⁶.

Sabendo-se que as convenções coletivas permitem uma regulamentação mais adequada às necessidades específicas de cada estrutura organizativa e dos diferentes setores de atividade do que a lei geral –correspondendo, assim, a uma linha evolutiva que percorre o tríptico autonomia individual, heteronomia e autonomia coletiva–, no que aos instrumentos de regulamentação coletiva negociais diz respeito, encontra-se, em sequência, (i) os acordos coletivo de trabalhos –(i.i) o acordo coletivo de carreira⁴⁷ e (i.ii) o acordo coletivo de empregador público⁴⁸–, (ii) os acordos de adesão e a (iii) decisão de arbitragem voluntária.

Quanto aos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho não negociais, a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas apenas consagra a decisão arbitragem necessária, não contemplando, por contraste com o Código do Trabalho, as portarias de extensão e as portarias de condições de trabalho.

O regime de articulação entre instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho encontra-se no artigo 14.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas: (i) o acordo coletivo de carreiras é que estabelece as matérias que podem ser reguladas pelos acordos coletivos de empregador público; (ii) se não houver acordo coletivo de carreiras ou se o acordo coletivo de carreiras nada disser, o acordo coletivo de empregador público pode regular as matérias de segurança e saúde no trabalho e duração e organização do tempo de trabalho, excluindo as respeitantes a suplementos remuneratórios⁴⁹.

⁴⁶ Ao contrário do que por vezes se diz, isto nada tem que ver com o princípio da liberdade sindical, já que a liberdade de os trabalhadores constituírem associações sindicais existe a todos os níveis e vem prevista na Constituição (al./a do artigo 55.º). Nos termos em que essa liberdade aparece configurada pela Constituição parece não estar sujeitas a quaisquer limites, na medida em que os trabalhadores poderão constituir os sindicatos que entenderem, sem estarem sujeitos a restrições quanto ao exercício desse direito. O que se observa, porém, é que Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas vem exigir um nível mínimo de representatividade para que os sindicatos possam participar no processo de negociação coletiva, verificando-se que, na prática, e muito por força do artigo 371.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (infra), os sindicatos, nessas negociações, arrogam-se, ainda que tal formalmente não releve, a representação de trabalhadores neles não filiados, apresentando-se, portanto, com uma representatividade genérica, relativamente a uma multiplicidade de trabalhadores, muitos dos quais não se encontram sequer sindicalizados.

⁴⁷ A convenção coletiva aplicável no âmbito de uma carreira ou de um conjunto de carreiras, independentemente do órgão ou serviço onde o trabalhador exerça funções.

⁴⁸ A convenção coletiva aplicável no âmbito do órgão ou serviço onde o trabalhador exerça funções.

⁴⁹ Todas as convenções existentes incluem disposições relativas à duração e organização do tempo de trabalho, que se constitui como a temática mais focada, suplantando a segurança

Assim, se o acordo coletivo de empregador público é um instrumento de regulamentação coletiva de trabalho convencional, aplicável a um empregador público, com ou sem personalidade jurídica (correspondente na tipologia do direito laboral privado, se bem que com especificidades, ao chamado acordo de empresa previsto no Código do Trabalho), verifica-se que o seu âmbito de intervenção se encontra substancialmente constricto, não valendo em toda a sua extensão o princípio da especificidade.

Na realidade, o artigo 482.º do Código do Trabalho estabelece que os acordos de empresa e os acordos coletivos preferem aos contratos coletivos, justificando-se esta solução com o facto de no acordo de empresa, celebrado entre uma associação sindical e um só empregador, se levarem em conta as particularidades daquela empresa⁵⁰.

Nada disto se passa no âmbito da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, onde o acordo coletivo de empregador público é residualizado e vai buscar o seu âmbito regulativo ao acordo coletivo de carreira, uma vez que é este instrumento que prevê as matérias que podem ser reguladas pelos acordos coletivos de empregador público⁵¹.

Esta solução faz eco da perspetiva de que o enquadramento laboral dos trabalhadores em funções públicas deve ser tendencialmente uniforme e genericamente *ne varietur*, encontrando reflexo no n.º 4 do artigo 348.º que, para tanto, dispõe que “na negociação coletiva relativa ao estatuto dos trabalhadores em funções públicas, a Administração Pública e as associações sindicais devem assegurar a apreciação, discussão e resolução das questões colocadas numa perspetiva global e comum a todos os serviços e organismos e aos trabalhadores no seu conjunto, respeitando o princípio da prossecução do interesse público”.

Não obstante as razões de natureza orçamental e as preocupações conexas com o princípio da igualdade, esta matéria tem de ser lida em conformidade com o n.º 3 do artigo 56.º da Constituição, o qual, garantindo o direito de contratação «nos termos da lei», é complementado pelo n.º 4, ao determinar que “a lei estabelece as regras respeitantes à legitimidade para a celebração das convenções coletivas de trabalho, bem como à eficácia das respetivas normas”.

De entre outros corolários⁵², avulta a necessidade de existência de “um espaço abrangente de regulação das relações de trabalho à disciplina contratual coletiva, o

e saúde no trabalho. Através das normas produzidas, os sindicatos participam na regulação destas matérias.

⁵⁰ O acordo coletivo vigora numa multiplicidade de empresas e o contrato coletivo vigora entre associações sindicais e associações de empregadores.

⁵¹ Podem celebrar acordos coletivos de empregador público pelas associações sindicais (i) as confederações sindicais com assento na Comissão Permanente de Concertação Social (ii) e as restantes associações sindicais representativas dos respetivos trabalhadores; pelo empregador público os membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da Administração Pública, e o que superintenda no órgão ou serviço, bem como o próprio empregador público (n.º 3 do artigo 364.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas).

⁵² Designadamente: (i) o direito à liberdade negocial coletiva, não estando os acordos coletivos sujeitos a autorizações ou homologações administrativas; (ii) o direito à

qual não pode ser aniquilado por via normativo-estadual” (reserva de contratação coletiva)⁵³. Esta dimensão encontra-se rarefeita no que aos acordos coletivos de empregador público diz respeito, mas também no conteúdo genericamente traçado para os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho pelo artigo 355.º, uma vez que se atribui à lei a delimitação das matérias sobre os quais os instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho podem dispor⁵⁴, ao contrário da solução tradicional em que a delimitação de matérias incluíveis em instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho aparece definida por via excludente (= inafastabilidade de normas injuntivas).

Ora se o âmbito material de um instrumento de regulamentação coletiva de trabalho é, em nome de uma alegada reserva de lei quanto à regulação dos aspetos essenciais do trabalho em funções públicas, substancialmente comprimido –em panorâmica, as convenções existentes pouco mais fazem do que outorgar aos sindicatos direitos referentes à sua participação na definição dos horários e respetivas alterações, na implementação das diversas modalidades que podem revestir ou até no referente aos mecanismos de adaptabilidade e banco de horas, havendo também, para lá de regras sobre saúde e segurança no trabalho, diversas previsões acerca de direitos de reunião e consulta sindicais–, é fundamental atentar ao artigo 371.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, que trata da incidência subjetiva dos acordos coletivos de trabalho.

Prevedendo-se, sem novidade, que o acordo coletivo de trabalho obriga os empregadores públicos abrangidos pelo seu âmbito de aplicação e as associações sindicais outorgantes (n.º 1 do artigo 371.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas)⁵⁵, avulta, em opção cuja bondade é questionável, uma rutura com o princípio da filiação, de acordo com o qual uma convenção coletiva se aplica aos trabalhadores filiados no sindicato e aos empregadores filiados na associação de empregadores que celebrou

negociação coletiva [...]; (ou seja, direito a que as entidades empregadoras não se recusem à negociação, o que requer garantias específicas, nomeadamente esquemas públicos promotores da contratação coletiva, fornecendo às partes a informação necessária na preparação das propostas e contrapropostas durante a negociação, e recortando um regime de arbitragem adequado no caso de se frustrar a aplicação deste instrumento negocial de resolução de conflitos coletivos. Ver J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Artigos 101.º a 107.º*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 744-745.

⁵³ Ainda J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada – Artigos 101.º a 107.º*, cit., p. 745, salientando que dimensão material dessa reserva compreende a competência para a definição de determinadas matérias, com a consequente proibição dessas matérias serem disciplinadas por normas estaduais em moldes absolutamente imperativos (p. 749).

⁵⁴ Sendo essa a regulação contida no n.º 1 do artigo 355.º do Código do Trabalho, no n.º 2 proíbe-se que um instrumento de regulamentação coletiva de trabalho possa a) contrariar norma legal imperativa, b) Dispor sobre a estrutura, atribuições e competências da Administração Pública e c) conferir eficácia retroativa a qualquer cláusula que não seja de natureza pecuniária.

⁵⁵ O n.º 2 determina que o acordo coletivo de trabalho se aplica aos trabalhadores filiados em associação outorgante ou membros da associação sindical filiada na união, federação ou confederação sindical outorgante.

aquela convenção, à semelhança, embora com técnica diversa, da solução que o Código do Trabalho consagra.

No Código do Trabalho, o artigo 497.º vem possibilitar a “escolha de convenção aplicável” por parte do trabalhador que não seja filiado em qualquer associação sindical, em norma tantas vezes considerada antissindical, uma vez que estimula *os free-riders*, ao permitir que o trabalhador individualize a escolha da convenção, atribuindo aos trabalhadores não filiados o benefício de uma das principais vantagens da filiação (a abrangência por uma convenção coletiva) sem ter de participar ou contribuir, do ponto de vista humano e material, para o sindicato que a celebra.

Na prática, e o mesmo sucede *grosso modo* com a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, o trabalhador filiado tem de ser abrangido pela convenção do seu sindicato, ao passo que o não filiado escolhe a convenção que mais lhe convier, não tendo qualquer incentivo a filiar-se.

Se, para muitos, isto transforma o direito à contratação coletiva não num direito coletivo, mas num direito de escolha individual, é também isso que se encontra na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas desde 2014, não sendo, por isso, ousado afirmar que os não filiados têm mais direitos que os filiados.

Ora se no quadro do Código do Trabalho, após a Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, se mitigou o alcance do direito de escolha dos trabalhadores não filiados com a previsão de que “a escolha [da convenção] não poderá ocorrer se o trabalhador já se encontrar abrangido por portaria de extensão de convenção coletiva aplicável no mesmo âmbito do setor de atividade, profissional ou geográfico” (n.º 5 do artigo 497.º do Código do Trabalho), esta disposição é, por definição, inaplicável a um trabalhador que exerça funções públicas, uma vez que a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas apenas prevê como instrumento de regulamentação coletiva de trabalho não negocial a decisão de arbitragem necessária, não se contemplando aí a portaria de extensão.

Na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, o n.º 3 do artigo 370.º produz uma extensão do acordo coletivo de trabalho aos restantes trabalhadores integrados em carreira ou em funções no empregador público a que é aplicável o acordo coletivo de trabalho. Isto só não acontece se o trabalhador não sindicalizado se opuser expressamente –caso seja sindicalizado o direito de oposição expressa encontra-se vedado–, ou ainda se a associação sindical interessada e com legitimidade para celebrar o acordo coletivo de trabalho se opuser à aplicação do acordo relativamente aos seus filiados⁵⁶.

Mais: em claro benefício do trabalhador não sindicalizado, o n.º 5 determina que no caso de ser aplicável mais do que um acordo coletivo no âmbito do empregador público, o trabalhador não sindicalizado deve indicar por escrito ao empregador o acordo coletivo que pretende ver-lhe aplicado (opção cujo regime de irrevogabilidade

⁵⁶ Nos termos do n.º 4, o direito de oposição previsto no número anterior deve ser exercido no prazo de 15 dias, a contar da data entrada em vigor do acordo coletivo, através de comunicação escrita dirigida ao empregador público.

varia em função do prazo de vigência do acordo), estabelecendo (supletivamente) o n.º 6 que caso essa indicação não exista é aplicável o instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que abranja o maior número de trabalhadores no âmbito do empregador público.

A opção do trabalhador não sindicalizado pela sujeição a um acordo coletivo é irrevogável até ao final do período que dele expressamente constar ou, sendo o acordo objeto de alteração, até à entrada em vigor desta, sendo que, no caso de o acordo coletivo de trabalho não ter prazo de vigência, a opção do trabalhador não sindicalizado vincula-o durante o prazo mínimo de um ano⁵⁷.

Ora, se os acordos coletivos abrangem os trabalhadores que estejam filiados nas associações signatárias no momento do início do processo negocial, bem como os que nelas se filiem durante o período de vigência dos mesmos acordos (n.º 1 do artigo 371.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas), em caso de desfiliação do trabalhador⁵⁸ ou das associações sindicais aplicar-se-á o acordo coletivo até ao termo previsto (n.º 2) e, caso o acordo coletivo não tenha prazo de vigência, o trabalhador entretanto desfiliado ficará abrangido pelo menos durante um ano.

Este regime de escolha do acordo coletivo de trabalho configura um forte estímulo à não filiação sindical e à desfiliação, convolvando o direito à contratação coletiva num direito de escolha individual.

Atribuindo-se aos não filiados mais direitos do que aos filiados, acentua-se a crise do sindicalismo. Embora não se encontre aí a única razão para o declínio da densidade sindical (isto é, o declínio na proporção de sócios dos sindicatos face ao potencial número de sócios), a combinação do regime sobre a incidência subjetiva dos acordos coletivos de trabalho com o regime relativo à determinação temporal da filiação em nada contribui para o robustecimento dos sindicatos que operam na área do trabalho em funções públicas e para o necessário vigor da contratação coletiva.

BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, DIOGO FREITAS DO (com a colaboração de LUÍS FÁBRICA, CARLA AMADO GOMES E.J. PEREIRA DA SILVA): *Curso de Direito Administrativo - Volume I* (3.ª ed.), Almedina, Coimbra, 2006.
- ARRIMAR, CÁTIA MOURA (com PAULO VEIGA E MOURA): *Comentários à Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas - I volume*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

⁵⁷ Este enquadramento abrange os acordos coletivos vigentes à data de entrada em vigor da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (artigo 10.º).

⁵⁸ Não podendo nenhum trabalhador ser forçado a permanecer numa associação sindical, são ilícitas quaisquer cláusulas de pré ou pós *closed shop*, bem como outras, de escopo idêntico, como por exemplo as denominadas cláusulas de segurança sindical, que determinam a dedução automática de quotas dos salários dos trabalhadores, quer sejam membros dos sindicatos ou não, para financiar a atuação dessas associações no âmbito da empresa.

- BRITO, PEDRO MADEIRA DE: “O reconhecimento legal do direito à contratação colectiva dos trabalhadores da Administração Pública: da negação à consolidação”, *Questões Laborais* 2014, n.º 45, pp. 329-343.
- CANOTILHO, J.J. GOMES (com VITAL MOREIRA): *Constituição da República Portuguesa Anotada – Artigos 101.º a 107.º*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- FÁBRICA, LUÍS: “A natureza das funções e modalidades de constituição do vínculo de emprego público”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, UCP, Lisboa, 2015, pp. 375-385.
- MARTINS, JOÃO ZENHA: “A transformação dos vínculos de emprego público e as vicissitudes modificativas associadas à mobilidade laboral no contexto das entidades reguladoras”, *Revista de Direito e Estudos Sociais* 2016, n.º 1-4, pp. 107-156.
- MARTINS, JOÃO ZENHA: *Dos pactos de limitação à liberdade de trabalho*, Almedina, Coimbra, 2016.
- MOREIRA, VITAL (com CANOTILHO, J.J. GOMES): *Constituição da República Portuguesa Anotada – Artigos 101.º a 107.º*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- MOURA, PAULO VEIGA E. (com CÁTIA ARRIMAR): *Comentários à Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas - I volume*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- NEVES, ANA FERNANDA: “O Direito da Função Pública”, *Tratado Administrativo Especial. Volume IV* (Coord. Paulo Otero/Pedro Gonçalves), Almedina, Coimbra, 2010.
- RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA: *Tratado de Direito do Trabalho – Parte IV*, Almedina, Coimbra, 2019.
- VIANA, CLÁUDIA: “O Conceito de Funcionário Público -tempos de mudança”, *Scientia Jurídica* 2007, n.º 312, pp. 610 e ss.
- XAVIER, BERNARDO LOBO: *O Despedimento Colectivo no dimensionamento da empresa*, Verbo, Lisboa, 2000.

EL PERSONAL DE LOS MUSEOS, SU ORDENACIÓN LABORAL Y RESPONSABILIDAD

Museum staff, its labour legislation and its responsibility

Raquel Jaén González

Abogada¹

raqueljaengonzalez@gmail.com

Recibido: 25/10/2023 – Aceptado: 04/11/2023

Resumen

En España a diferencia de lo que ocurre en otros países europeos conviven museos de diferentes tipologías lo que trae consigo grandes diferencias en las condiciones laborales de su personal. Además, no existe acuerdo sobre los procesos de selección para determinados puestos y se aprecia de forma general la falta de negociación colectiva en el sector.

■ **Palabras clave:**

Museo; Colección; Personal; Funcionario; Área funcional; Recursos humanos

Abstract

In Spain the situation is different from other European countries because here coexist different types of museums. That brings big differences in the working conditions. Moreover, it does not exist an agreement about the selection processes for certain jobs, and we notice the lack of collective bargaining in the museums sector.

■ **Keywords:**

Museum; Collection; Workers; Civil servant; Functional area; Human resources

I. Introducción: 1. Aspectos preliminares; 2. Definición de museo; 3. Funciones del museo; 4. Clasificación del tipo de museos en España – II. Personal en los museos de titularidad pública: 1. Tipología del personal; 2. Organización del personal; 3. Acceso a los puestos de trabajo: 3.1. Consideraciones generales; 3.2. Áreas funcionales; 4. Regulación de los funcionarios: 4.1. Acceso de los puestos especializados; 4.2. Derechos y deberes; 5. Regulación del personal laboral; 6. El personal de dirección – III. Personal en los museos de titularidad privada – IV. Personal de los museos en otros países europeos – V. Responsabilidad del personal de los museos – VI. Conclusiones – Bibliografía

¹ Licenciada en Historia del Arte. Doctora en Historia del Arte. Diplomada en Turismo.

I. INTRODUCCIÓN

1. Aspectos preliminares

Tradicionalmente en los museos se suele valorar principalmente la colección que se encuentra expuesta, así como los espacios que se recorren. Con la llegada de las nuevas corrientes de la museografía se reconoce la importancia del público, así como de la relación que se establece de carácter bidireccional con él. Con este breve texto pretendemos poner en valor otro elemento fundamental, el personal de los museos, sin el cual estas instituciones culturales no podrían cumplir sus fines.

Los museos que nacen en Egipto a través del coleccionismo en el siglo IV a.C. de la mano de Ptolomeo I Sóter, evolucionan hacia las colecciones privadas en manos de la Iglesia, de los nobles o de los reyes que van poco a poco afianzando su poder. En el Renacimiento nace la figura de los mecenas con familias tan importantes como los Médici en Florencia. Así llegaremos a la Ilustración que hará que las colecciones se abran al público, al pueblo. Posteriormente con las expediciones científicas las colecciones generalmente de obras de arte se completan con animales y plantas dando lugar a los Gabinetes de curiosidades, para terminar en nuestros días con la amplia diversidad y riqueza que tenemos obligación de conservar y transmitir a las generaciones venideras².

2. Definición de museo

Según los Estatutos del ICOM³, aprobados por la 22ª Asamblea General en Viena (Austria) el 24 de agosto de 2007, la definición vigente sigue siendo: “Un museo es una institución sin fines lucrativos, permanente, al servicio de la sociedad y de su desarrollo, abierta al público, que adquiere, conserva, investiga, comunica y expone el patrimonio material e inmaterial de la humanidad y su medio ambiente con fines de educación, estudio y recreo⁴”.

En España la definición de museo se recoge en el Art. 59.3 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español “Son Museos las instituciones de carácter permanente que adquieren, conservan, investigan, comunican y exhiben para fines de

² BOLAÑOS ATIENZA, M.: “Orígenes del coleccionismo y gustos modernos”, *Amigos de los museos: boletín informativo*, núm. 33, 2011.

³ El Consejo Internacional de Museos (ICOM) es una organización no gubernamental internacional creada en 1946, que mantiene una relación formal con UNESCO y tiene estatus de órgano consultivo del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (<https://www.icom-cc.org/que-es-el-icom/>). (consultado 19 noviembre 2021).

⁴ Después de llevar a cabo un seminario web de ICOM el 10 de diciembre de 2020, el Comité Permanente para la Definición de Museo acaba de anunciar el tercer paso de la Metodología: Consulta 2, una fase que se llevará a cabo entre el 11 de enero y el 20 de abril de 2021. (<https://icom.museum/es/news/icom-define-consulta-2-que-deberia-formar-parte-de-la-nueva-definicion-de-museo/>). (consultado 19 noviembre 2021).

estudio, educación y contemplación conjuntos y colecciones de valor histórico, artístico, científico y técnico o de cualquier otra naturaleza cultural⁵.

Ambas definiciones se encuentran actualmente en revisión para su actualización a los museos en el siglo XXI.

3. Funciones del museo

Aquí es preciso hacer un inciso y mencionar de lo que Marina Chinchilla Gómez denomina el “modelo recibido”⁶ pues el museo tiene unas características especiales en cuanto a su gestión, en cierta medida debido a que se trata de una institución heredada.

Dentro de la gestión del museo, una pieza fundamental es la gestión de los recursos humanos, que resulta imprescindible para que el museo pueda llevar a cabo sus funciones que se definen en el Art. 2 Real Decreto 620/1987, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Museos de Titularidad Estatal y del Sistema Español de Museos: “Son funciones de los Museos: a) La conservación, catalogación, restauración y exhibición ordenada de las colecciones. b) La investigación en el ámbito de sus colecciones o de su especialidad. c) La organización periódica de exposiciones científicas y divulgativas acordes con la naturaleza del Museo. d) La elaboración y publicación de catálogos y monografías de sus fondos. e) El desarrollo de una actividad didáctica respecto a sus contenidos. f) Cualquier otra función que en sus normas estatutarias o por disposición legal o reglamentaria se les encomiende⁷”.

4. Clasificación del tipo de museos en España

Es importante considerar que en España los museos pueden ser de titularidad pública, esto es propiedad del Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales o por ejemplo las universidades públicas; o de titularidad privada como los de propiedad de la Iglesia, fundaciones o pertenecientes a coleccionistas privados. También existen figuras con un carácter más híbrido como los organismos autónomos o fundaciones constituidas con capital público⁸.

Como consecuencia de esta diversidad de modelos de titularidad y gestión, el personal de los museos se vincula con las instituciones a través de diferentes tipos de contratación y de prestación de servicios que esbozaremos.

Asimismo, los avatares históricos de los últimos años como el incremento de las mujeres que acceden al mundo laboral, el envejecimiento de la población y la crisis

⁵ En la actualidad la definición está siendo revisada pues la ley se encuentra en procesación de discusión en las Cortes Generales.

⁶ CHINCHILLA GÓMEZ, M. “El modelo recibido”, *Museo*, núm. 12, 2007, pp. 33-45.

⁷ BOE, núm. 114, 13 mayo 1987.

⁸ BOLAÑOS ATIENZA, M.: “Historia de los museos en España: memoria, cultura, sociedad”, Gijón, *Trea*, 2008.

económica ha tenido su impacto en el mundo laboral introduciendo elementos de incertidumbre que antes no se valoraban en igual medida.

Por otro lado, veremos las diferencias con otros modelos de gestión museística como los que se dan en el mundo anglosajón y en otros países de nuestro entorno.

II. PERSONAL EN LOS MUSEOS DE TITULARIDAD PÚBLICA

1. Tipología del personal

En el caso de los museos públicos, el personal según el Art. 8 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público⁹, en adelante EBEP se diferencian las siguientes tipologías de personal: funcionarios de carrera (vinculados con la Administración en virtud de nombramiento legal) entre los que se encuentran los funcionarios en prácticas. También los funcionarios de empleo que son los funcionarios interinos, personal eventual. Por otro lado, está el personal laboral y por último el personal directivo.

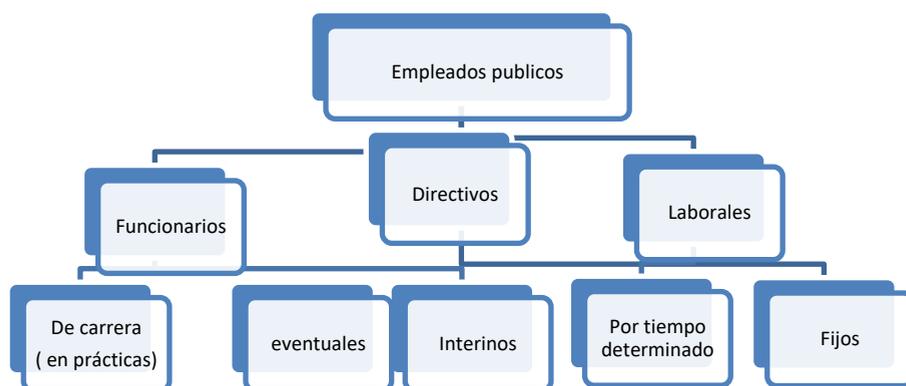


Fig 1. Esquema de los empleados públicos. Elaboración propia.

2. Organización del personal

La organización del personal se efectúa a través de una Relación de Puestos de Trabajo, en adelante R.P.T. de acuerdo con las necesidades de los servicios según el Art. 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública¹⁰ y de otros como la denominación de los puestos de trabajo, los grupos profesionales etc. En el caso del personal laboral en los Catálogos de personal.

⁹ BOE, núm. 261, 31 octubre 2015.

¹⁰ BOE, núm. 185, 3 agosto 1984.

3. Acceso a los puestos de trabajo

3.1. Consideraciones generales

Todos los ciudadanos tienen derecho a acceder a estos empleos públicos de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Las maneras de acceder a estos puestos de trabajo son dos: el ingreso como funcionarios de carrera mediante oposición, y el contrato como personal laboral, normalmente a través de concurso-oposición.

Para poder concurrir a los procesos selectivos es preciso reunir los requisitos generales recogidos en el Art. 56 EBEP: tener la nacionalidad española o ser ciudadano europeo salvo en determinados puestos, el resto de extranjeros solo pueden acceder como personal laboral; tener capacidad legal; tener cumplidos 16 años y no exceder la edad máxima de jubilación forzosa; no haber sido separado mediante expediente disciplinario de cualquier Administración Pública ni hallarse inhabilitado para acceder a un cargo público; poseer la titulación exigida para el puesto a que se opta y los requisitos específicos que en su caso se requieran.

En cuanto a la condición de nacionalidad se trata de un requisito *ex lege* y se debe a que ser funcionario entraña un deber de sumisión a las autoridades españolas y de ejercicio efectivo de autoridad pública, aunque esta cuestión no ha sido pacífica así se ha entendido con los ciudadanos de la Unión Europea y se discute al amparo de los tratados y acuerdos internacionales¹¹.

La mayoría de los puestos en los museos de titularidad estatal se cubren por el sistema de oposición libre esto es que se realiza un examen y no se tiene en cuenta ni el curriculum ni el desempeño de determinados puestos. También existe un sistema de acceso a determinados puestos que se reservan a la promoción interna, pero el proceso de selección incluye también la realización de un examen, aunque con ciertas ventajas o bien en cuanto a la amplitud del temario, o bien en cuanto al número de exámenes a realizar.

3.2. Áreas funcionales

El art. 17 Real Decreto 620/1987, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Museos de Titularidad Estatal y del Sistema Español de Museos¹² recoge que, para el adecuado funcionamiento de los Museos de titularidad estatal conforme a sus fines, todas las funciones y servicios de estos se integran en las siguientes áreas básicas de trabajo dependientes de la Dirección del Museo: a) Conservación e investigación. b) Difusión. c) Administración.

¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L. y VIDA SORIA J., *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Madrid, Ministerio para las administraciones públicas, 1991, pp. 59-111.

¹² BOE, núm. 114, 13 mayo 1987.

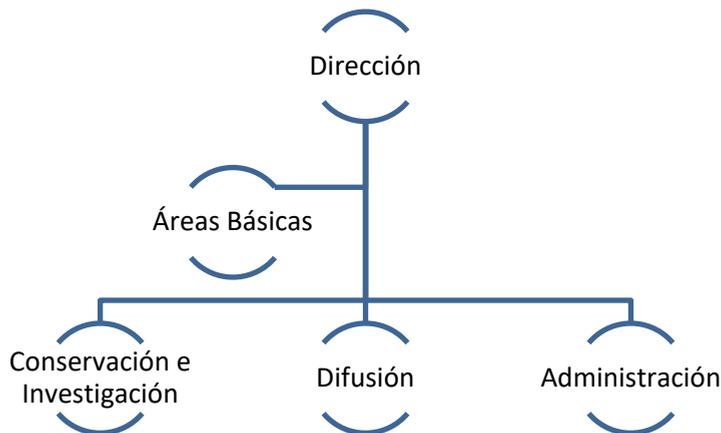


Fig. 2. Áreas básicas del museo. Elaboración propia.

Actividades concretas y las personas que las desarrollan

- 1.- Cargos directivos: director y subdirector que son los encargados de las labores de dirección.
- 2.- Conservadores. Pertenecen al Cuerpo Facultativo. Luego estarían los Ayudantes de museos y los auxiliares de museos.
- 3.- Bibliotecarios. Del Cuerpo de Archiveros y Bibliotecarios, o de un auxiliar.
- 4.- Restauradores. Con titulación en la materia, generalmente son personal laboral.
- 5.- Fotógrafos. Con formación en la materia y generalmente son también personal laboral.
- 6.- Personal subalterno. Los bedeles y vigilantes de salas proceden, en su mayor parte, de otro u otros Cuerpos oficiales.
- 7.- Personal en prácticas y personal con beca.
- 8.- Personal con contrato eventual como los contratados para menesteres de limpieza y mantenimiento, o incluso otros trabajos como dibujantes, docentes de los talleres didácticos... etc.¹³

Este tipo de contratos personales en ocasiones se sustituyen por licitaciones públicas a empresas de mantenimiento, de seguridad, etc. y en ese caso se rigen por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014¹⁴.

¹³ CABELLO CARRO, M.P.: "Museo y política de Recursos Humanos", *Do Marco Normativo á organización*, 1998, pp. 227-252.

¹⁴ BOE, núm. 272, 9 noviembre 2017.

4. Regulación de los funcionarios

4.1. Acceso de los puestos especializados

El personal funcionario especializado en el museo se articula en tres cuerpos conservadores, ayudantes y auxiliares. El cuerpo facultativo de conservadores nace en 1973, aunque tiene su origen en 1867, en la sección de anticuarios. Los ayudantes de archivos, bibliotecas y museos fueron creados en 1977, y las plazas de auxiliares se convocaron por primera vez para museos en el año 2004.

Los tres componen el personal técnico encargado de trabajar en el museo de acuerdo con el área funcional de conservación e investigación, dedicadas respectivamente a la investigación, conservación, documentación y difusión de las colecciones¹⁵.

Según Luis Alonso Fernández, los museos deben contar con un personal especializado que acredite su profesionalidad mediante titulación académica adecuada en el caso de los museos de bellas artes de historia del arte, pues en esta titulación se adquieren conocimientos técnicos y prácticos imprescindibles para el desarrollo de estas funciones. Además, recoge la necesidad de completar la formación con cursos de museología/ museografía y prácticas en museos¹⁶.

Según la titulación exigida para el ingreso en cada cuerpo (Art. 25 Ley 30/1984)	Según la titulación exigida para el ingreso en cada cuerpo (Art. 76 EBEP)
Grupo A: Título universitario superior (Licenciado, Arquitecto o Ingeniero)	Grupo A: Dentro del cual están los subgrupos A1 y A2. Grado universitario
Grupo B: Título Universitario medio (Diplomado, Ingeniero técnico o asimilado)	Grupo B: Título de técnico superior
Grupo C: Bachiller, Formación Profesional o equivalente	Grupo C: C1: Bachiller y técnico C2: Graduado en ESO
Grupo D: Graduado escolar, Formación Profesional primer grado o equivalente	
Grupo E: Certificado de escolaridad	

Fig. 3. Cuadro titulaciones especiales de acceso. Elaboración propia.

En la actualización del EBEP del año 2015 se han actualizado los sistemas de acceso para adecuarse a la Declaración de Bolonia de 1999 y en concreto al Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales¹⁷, pues con esta norma se concedía un plazo hasta el año 2010/2011 para la implantación de los grados.

¹⁵ FOLGUERA, E.: “Los estudios y la formación de profesionales de los museos”, *Revista de Museología*, núm. 6, 1995, pp. 10-15.

¹⁶ ALONSO FERNÁNDEZ, L., *Museología y Museografía*, Madrid, 2001, p. 57.

¹⁷ BOE, núm. 260, de 30 octubre 2007. La norma ha sido derogada por el Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad (BOE, núm. 233, 29 septiembre 2021).

Así en la convocatoria de plazas para los museos de titularidad estatal desde el Ministerio de Cultura, Resolución de 7 de mayo de 2021, de la Subsecretaría, por la que se convocó el proceso selectivo para ingreso, por el sistema general de acceso libre y promoción interna, en el Cuerpo Facultativo de Conservadores de Museos, ya se recogieron como requisitos de acceso: “Además de los requisitos enumerados en la base décima de la Orden HFP/688/2017, de 20 de julio, los aspirantes deberán estar en posesión del título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o Grado o tener cumplidas las condiciones para obtenerlo en la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes, según lo previsto en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público”¹⁸. Por lo tanto, ya recoge los grados en el sistema de acceso al procedimiento selectivo.

En la última convocatoria efectuada hasta la actualidad mediante Resolución de 22 de marzo de 2023, de la Subsecretaría, por la que se convoca proceso selectivo para ingreso, por el sistema general de acceso libre y promoción interna, en el Cuerpo Facultativo de Conservadores de Museos se ha mantenido este requisito¹⁹.

4.2. Derechos y deberes

La regulación es la misma que para el resto de los funcionarios: en cuanto al régimen de incompatibilidades, las jornadas de trabajo, las retribuciones, condiciones de trabajo, derechos sociales de los empleados públicos (excedencias, permisos retribuidos, régimen disciplinario de los empleados públicos). No se encuentran entre los colectivos que tienen una legislación específica propia como pueden ser los jueces, personal militar de las Fuerzas Armadas...etc.²⁰

En los casos de museos de titularidad pública dependientes de las Comunidades Autónomas, Entidades Locales, Universidades públicas... etc., se regirán además por las normas vinculantes para los funcionarios de las referidas administraciones.

5. Regulación del Personal Laboral

La relación entre la Administración y los trabajadores se rige por la normativa laboral, aunque también el EBEP alude a este personal que gracias a la labor de los sindicatos y de la negociación colectiva ha ido ganando derechos y equiparándose en muchos de ellos a los funcionarios que en ocasiones realizan las mismas funciones y tareas.

En los museos de titularidad estatal tenemos que acudir a la Resolución de 13 de mayo de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del

¹⁸ BOE, núm. 123, 24 mayo 2021.

¹⁹ BOE, núm. 78, 1 abril 2023.

²⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, Madrid, Tecnos, 2021, pp. 371 y ss.

Estado (AGE)²¹. Aunque también existen gran cantidad de museos que han negociado sus propios convenios para el personal laboral.

Existe una importante polémica sobre la contratación de este personal laboral en la Administración. Estas contrataciones habrían de ser excepcionales según se recoge en el Art. 103.3 de la Constitución Española que establece: "La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones"²². Así se ha reafirmado en sentencias tan importantes como la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 de 11 de junio²³.

Es importante señalar que, en la práctica, no solo en España sino en todos los países de la Unión Europea se está produciendo una "laboralización" de la Administración, no solo por la inclusión de principios propios de las empresas privadas en la gestión de las administraciones sino también porque, en ocasiones se produce la contratación de personal laboral porque se requiere personal con determinadas cualificaciones específicas, en otras ocasiones por la temporalidad de las necesidades y a veces porque los trámites para cubrir los puestos con funcionarios son muy largos y las necesidades son inmediatas.

6. El personal de dirección

Una curiosidad es lo que ocurre con el personal de dirección de los museos públicos. La contratación de este personal se ha de regir por los cauces de la contratación por parte de la Administración. En los museos de titularidad estatal se recoge entre los requisitos: "El puesto de trabajo que se convoca podrá ser solicitado por los funcionarios del subgrupo A1 que reúnan los requisitos establecidos para el desempeño del mismo"²⁴. Pero en todos los casos se trata de un puesto de libre designación.

Esta es otra cuestión bastante polémica generada por Kittelman cuando en una publicación especializada de la década de los años setenta sostenía: "Encontrar un museo bien dirigido es un puro accidente. La mayoría de los gerentes y directores no están familiarizados con los principios modernos de la dirección o jamás han pensado en aplicarlos a los museos"²⁵.

Es polémico porque el puesto más alto dentro del museo no se ocupa por lo tanto de acuerdo a criterios meramente objetivos, sino que se tiene en cuenta el *curriculum* de la persona, la formación, la trayectoria profesional y la idoneidad para el cargo.

²¹ BOE NÚM 118 de 17 de mayo de 2019.

²² BOE, núm. 311, 29 diciembre 1978.

²³ STC, 11 junio 1987, Rec.763/1984.

²⁴ Resolución de 19 de mayo de 2021, de la Subsecretaría, por la que se convoca la provisión de puesto de trabajo por el sistema de libre designación. BOE, Num. 130, 1 Junio 2021.

²⁵ KITTELMAN, J. "Museum mismanagement". *Museums News Revue*, Marzo, 1976.

Los detractores de este sistema de cobertura del puesto aducen que en muchas ocasiones lleva parejo el hecho de que se elige de conformidad con determinados acentos políticos y no tanto con los principios de mérito y capacidad que rigen el resto de los cargos.

Por otro lado, los que defienden el sistema manifiestan que el puesto de dirección no requiere solamente tener unos conocimientos sobre materias específicas de la museografía, de los museos o de la materia del museo concreto (bellas artes, historia, arte, ciencias... etc.) sino que también y principalmente requiere de unos conocimientos sobre la gestión económica, gestión de personal, difusión, comunicaciones... etc., que no cualquier perfil por muy académico que sea, lo incluye. Para los defensores de esta postura, gestionar no se ciñe a estructurar una colección de arte, sino que implica un ejercicio de globalidad. Según Sukel los museos son empresas con los mismos objetivos que el resto de las empresas, una estructura organizativa, planificación y control, pero que han de respetar el hecho de tener por encima su función patrimonial, educativa y cultural y así le exige que sea una industrial cultural autofinanciada²⁶.

III. PERSONAL EN LOS MUSEOS DE TITULARIDAD PRIVADA

En cuanto a los museos de titularidad privada, las condiciones son muy diferentes. No existe convenio colectivo de aplicación al sector, no existe un convenio sectorial para los museos, por lo que salvo que exista un convenio de empresa, las condiciones laborales se rigen por el Estatuto de los Trabajadores, en adelante E.T.²⁷.

Las condiciones económicas se recogen en el Art. 26 que establece la estructura salarial, los grupos profesionales en el artículo 22, la jornada en los artículos 34 y siguientes, todos ellos del referido E.T.

También se rigen por esta norma las sanciones y las causas de extinción contractual. Todo ello con las mejoras que pudieran establecerse entre los trabajadores y la empresa concreta.

Lo que ocurre en la práctica, es que los museos de cierta envergadura aprueban Convenios Colectivos de empresa como ocurre con el Museo del Prado²⁸ o con el Museo Guggenheim de Bilbao²⁹ para todo el personal, o para un sector del mismo como el personal de mantenimiento del museo.

²⁶ SUKEL, W.M., “Los museos como organizaciones”, en vv.aa. *La gestión del museo*, Moore, K. (Ed.) Gijón, Trea, 1998, p. 391.

²⁷ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores BOE, núm. 255, publicado el 24 de octubre de 2015, pp.100224- 100308.

²⁸ Convenio colectivo de la empresa Museo Nacional del Prado. (Código de Convenio 28002932011986). Resolución de 23 de febrero 2016. LEG 2016\1325.

²⁹ Convenio Colectivo de la empresa Ferrovial Servicios, SA (mantenimiento del Museo Guggenheim Bilbao). (Código de Convenio 48100511012015). Resolución de 25 de septiembre 2019. LEG 2019\6441.

En los museos más pequeños al no existir convenio sectorial ni tampoco convenio de empresa, los trabajadores negocian generalmente en el momento de ser contratados sus condiciones laborales, lo cual implica que el trabajador se ve en una situación de debilidad frente a su empresa en esta negociación. La mayoría de hecho, aceptan las condiciones que ofrece la empresa en base al estatuto de los trabajadores o con alguna pequeña mejora salarial o de otro tipo.

Pudiera darse el caso de que en un museo privado parte del personal como los limpiadores o el personal de librería tuviera convenio de aplicación, porque para esos trabajos exista un convenio y que en cambio el resto se rigieran por el E.T. Por ejemplo, en los museos privados de León, los limpiadores se rigen por el Convenio de limpieza de edificios y locales para la provincia de León³⁰, mientras sus propios compañeros de trabajo como pueden ser los guías, los vigilantes de sala o los restauradores no tienen convenio colectivo que regule su situación laboral.

Los puestos de trabajo y las tareas a realizar vienen siendo las mismas que en el resto de los museos en tanto que las funciones a desarrollar son las mismas y lo mismo ocurre con los objetivos a cumplir. De ahí que los puestos de los museos públicos tengan su traducción en estos museos³¹.

IV. PERSONAL DE LOS MUSEOS EN ALGUNOS PAISES EUROPEOS

Desde el último cuarto del siglo XX los museos se han multiplicado y sus temáticas son cada vez más diversas. La financiación de los museos europeos conlleva una gran dependencia del sistema público por lo que el personal es dependiente de la Administración Pública y por lo tanto funcionarios y personal laboral. Esto no ocurre en el mundo anglosajón en que los museos son dirigidos y controlados por un Comité de Dirección que recogen la mayoría de sus fondos de donaciones privadas que se benefician de ventajas fiscales a nivel estatal, por lo que el personal es personal laboral y procede de la contratación de expertos³².

Se van a examinar fundamentalmente tres grupos: los museos italianos, los museos en Austria, Alemania y Francia; y también los museos en Inglaterra.

Respecto a los museos en Italia, la tradición italiana se remonta al Renacimiento, aunque los italianos sienten su patrimonio dando importancia a lo local más que a la idea de arte nacional y de ahí nace la complejidad estructural de sus museos. Existe una clara separación entre los museos del Estado gestionados de forma centralizada

³⁰ Convenio Colectivo de Trabajo, ámbito provincial, del sector de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de León años 2020/2022 (n.º convenio 24002805011980), B.O.L. núm. 217, 16 noviembre 2021.

³¹ BOYLAN, P.J.: "Los profesionales de los Museos, su función y su definición", *Revista de Museología*, núm. 5, 1995, pp. 13-18.

³² PASTOR LAHERRÁN, M. "Financiación de los museos extranjeros" en VV.AA. *Actas del VII Curso sobre patrimonio histórico*, Reinos, julio-agosto 1996. Editor José Manuel Iglesias Gil, pp. 55-86.

por el ministro correspondiente, de los museos locales que dependen de las administraciones regionales en cuanto a normativa y gestión. Eso lleva a que los museos estatales, de gran importancia no tienen independencia económica ni de gestión y su personal no está especializado en la gestión museística dándose prioridad a la conservación y la tutela. Tampoco existen museos centrales nacionales como ocurre en Francia con el Louvre y en Inglaterra con el British, por ejemplo. Así los museos arqueológicos tienen un carácter territorial existiendo en cada región. La primera Ley de protección del patrimonio válida para todo el territorio nacional es muy tardía, data de 1902 y en ella ni siquiera se mencionaba a los museos salvo para decir que se podrían visitar pagando una tasa. Es importante tener en cuenta que la unificación italiana no se llevará a efecto hasta el año 1861³³. En la actualidad destaca la regulación llevada a cabo en el año 2002 con el Código de Patrimonio Cultural y Paisajístico, de acuerdo con el Artículo 10 de la Ley Núm. 137 de 6 de julio de 2002 (Decreto Legislativo Núm. 42 de 22 de enero de 2004)³⁴.

Por su parte, los museos en Austria, Alemania y Francia, en estos países la preferencia es que los museos forman parte de la Administración Pública, siendo financiados en su totalidad por el Estado y la mayor parte de su personal son funcionarios³⁵. En Francia los museos crecieron exponencialmente siempre dentro de la esfera pública que es la que predomina en el país. Los funcionarios componen el personal mayoritariamente o podríamos decir que casi en su totalidad³⁶.

Finalmente, en Inglaterra, en el país británico los museos son independientes del Estado, salvo en lo que respecta a la financiación, a cargo de estos se encuentra un comité de dirección.

El modelo británico influye en los países de tradición anglosajona como Estados Unidos, aunque con algunas variaciones pues los museos en este caso son independientes del Estado, con un comité de dirección o de expertos, pero la financiación es mayoritariamente privada, gestionada desde particulares y empresas potenciadas por el Estado que le otorga a cambio, beneficios fiscales³⁷.

Los orígenes de estos museos son muy diferentes a los europeos pues surgen con la Independencia como obra de los propios ciudadanos que se preocupan por la historia nacional y coleccionan objetos, contribuyendo con ello a la construcción de la historia y la identidad americana, de ahí que su trayectoria siempre esté vinculada a los particulares, asociaciones y en definitiva al mundo civil y, por lo tanto, privado³⁸.

³³ NIGLIO, O.: “La política cultural en Italia y las innovaciones del siglo XXI”, *Culturas. Revista de Gestión Cultural*, Vol. 3, núm. 1, 2016, pp. 1-13.

³⁴ PINNA, G., “La Europa del sur y sus museos: el caso de Italia”, *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, N.º. 5-6, 2009-2010, pp. 68-83.

³⁵ PASTOR LAHERRÁN, M. “Financiación de los museos extranjeros”, *op. cit.*

³⁶ PASTOR LAHERRÁN, M. “Financiación de los museos extranjeros”, *op. cit.*

³⁷ PASTOR LAHERRÁN, M. “Financiación de los museos extranjeros”, *op. cit.*

³⁸ BERGUERON, Y., “Los museos y la crisis. Tendencias en los museos norteamericanos”. *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, N.º. 5-6, 2009-2010, págs. 58-67.

V. RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL DE LOS MUSEOS

El personal que presta sus servicios reúne una serie compleja de responsabilidades que completan varias facetas dentro de una composición poliédrica. Además de las posibles responsabilidades civiles y penales motivadas por la comisión de algún acto contrario a la ley se les puede sancionar en su faceta laboral. También en los casos de museos de titularidad pública puede existir una responsabilidad patrimonial de la Administración.

A los funcionarios que trabajan en los museos de titularidad estatal se le aplica la normativa general, el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado. No serían uno de los grupos que tienen legislación específica propia.

Pero debemos tener en cuenta también al hablar de derecho penal sancionador la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en la que se encuentran los principios generales.

Las comunidades autónomas suelen tener su propio régimen disciplinario en el caso de Castilla y León resulta de aplicación la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León que dedica el capítulo VI al régimen disciplinario, artículos 80 al 87.

El personal laboral se rige en los casos en que existe por sus convenios colectivos y en caso de que no exista por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Por un lado, existe una obligación para con la sociedad que reúne el enriquecimiento de la cultura, la labor educativa, la función didáctica, la protección del legado de la historia. En estas tareas destacamos la labor de conservación y protección del patrimonio pues estos elementos hacen de los museos un lugar muy especial y diferente al resto de las organizaciones y empresas.

Ciertas responsabilidades son específicas de los museos como el cumplimiento de la normativa de adquisición de obras a fin de que esta se efectúe conforme a la ley; la custodia, conservación y protección de las colecciones o la documentación adecuada de las mismas.

Además, existe una responsabilidad de los directores y gestores que atañe a la buena gestión, a la diligencia en la gestión de sus bienes y elementos, así como el resto de las obligaciones comunes a empresas e instituciones como el cumplimiento de las obligaciones fiscales, de seguridad social, de seguridad en las personas. En definitiva, son los responsables a todos los efectos, tanto respecto del funcionamiento como de la representación de la Institución.

El resto del personal responde cada uno según su actividad por ejemplo los vigilantes de sala velan por la seguridad de las piezas expuestas o los profesionales de los talleres didácticos tienen responsabilidades propias de la educación no reglada.

El régimen disciplinario de los trabajadores de los museos tiene una casuística muy compleja en tanto que coinciden las sanciones penales con las administrativas³⁹.

Por un lado, el derecho penal tipifica conductas sancionables penalmente que pueden ser cometidas por un trabajador del museo como los delitos contra el patrimonio recogidos en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁴⁰. Apuntamos someramente algunos de ellos⁴¹:

Destacan en el caso de los gestores y directores el delito de gestión desleal del art. 252 C.P. y de la apropiación indebida del artículo 254 C.P. que recoge el tipo agravado en el que la apropiación se efectúa de una cosa mueble ajena, de valor artístico, histórico, cultural o científico. Asimismo, los delitos de daños de los artículos 263 y siguientes.

Los delitos específicos contra el patrimonio histórico se recogen en los artículos 321 y siguientes y comprenden: daños contra edificios históricos o contra bienes de valor bienes cuyo valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental. También se castiga la conducta de imprudencia grave que provoca daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, institución análoga o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos⁴².

El artículo 22 del Código Penal que recoge las circunstancias agravantes incluye algunas como aprovecharse de las circunstancias del lugar, ejecutar la acción mediante precio o recompensa, obrar con abuso de confianza o prevalecerse del carácter público que son aplicables en algunos casos a los trabajadores de los museos.

Así los arts. 39 y siguientes del Código Penal establecen penas privativas de derechos que son aplicables a los trabajadores de museos, especialmente en el caso de funcionarios la inhabilitación para empleo o cargo público, o para la realización de un determinado trabajo en el caso del personal laboral. También la suspensión de empleo o cargo público.

También tenemos que hacer referencia al Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la

³⁹ NISTAL BURÓN, J.: “El interés jurídicamente protegido en los delitos cometidos por los funcionarios públicos: la posibilidad de aplicar la doble sanción, penal y disciplinaria, *Actualidad administrativa*, núm. 16, 2011, pp.3 y ss.

⁴⁰ BOE núm. 281, 24 noviembre 1995.

⁴¹ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Hacia un derecho penal sin fronteras*, Madrid, 2000, pp. 51-66.

⁴² UBEDA TARAJANO, F.: *Funcionarios públicos y tutela administrativa y penal de la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente*, Tesis doctoral dirigida por José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández (dir. tes.), Fernando Navarro Cardoso (Codir. Tes.). Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (2005).

Administración del Estado⁴³ y al Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público⁴⁴ que tipifican conductas sancionables pero en este caso únicamente del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Entre ellas destacan: el cumplimiento de sus funciones⁴⁵, la negligencia en la custodia de secretos oficiales, la desobediencia, prevalecerse de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido, causar daños graves entre otras⁴⁶.

Con carácter específico para las instituciones museísticas, el ICOM ha elaborado un Código de Deontología para los Museos que pretende ser una norma de mínimos en cuestiones de ética profesional. Fue aprobado por unanimidad por la 15ª Asamblea general del ICOM, que tuvo lugar en Buenos Aires (Argentina) el 4 de noviembre de 1986 siendo su última actualización del año 2004⁴⁷.

VI. CONCLUSIONES

En la aproximación a este tema, hemos encontrado diversas cuestiones no exentas de polémica y que son merecedoras de un estudio en mayor profundidad y que aquí esbozamos meramente.

Por un lado, en el ámbito de los museos de titularidad pública nos hemos encontrado con las complejas relaciones entre los funcionarios y el personal laboral que comparten espacios y en muchas ocasiones tareas. La Administración pública se ha visto obligada a justificar la contratación de estos últimos por diferentes motivos como la urgencia o la temporalidad de las necesidades. Así el personal laboral a través principalmente de las asociaciones de trabajadores y los sindicatos ha ido reivindicando la igualdad en el trato y en las condiciones laborales con los funcionarios.

También hemos constatado la confrontación doctrinal existente sobre quien es el más adecuado para dirigir los museos públicos, si se ha de buscar un funcionario de carrera o si, por el contrario, es preciso que se prime un perfil de gestión dado el trabajo a realizar, pues es difícil que una persona reúna ambos condicionantes. En nuestra opinión precisamente se debería tender hacia esta opción, la de buscar perfiles que aúnen ambos requisitos.

Por otro lado, en cuanto al personal de los museos privados, sí que avanzamos la necesidad de que se proceda a la aprobación de un convenio sectorial que refuerce los derechos de los trabajadores. De lo contrario, en ausencia de negociación colectiva, los trabajadores se ven obligados a admitir los derechos y obligaciones propuestos por

⁴³ BOE núm. 15, 17 enero 1986.

⁴⁴ BOE núm. 261, 31 octubre 2015.

⁴⁵ GÓMEZ RODRÍGUEZ, E.A. “Régimen disciplinario de los funcionarios públicos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182, 2017, pp. 531-534.

⁴⁶ GALLARDO CASTILLO, M.J.: “Régimen disciplinario de los funcionarios públicos”, *Aranzadi*, 2015.

⁴⁷ <https://icom.museum/es/recursos/normas-y-directrices/codigo-de-deontologia/>.

el museo, con el único límite o baremo legal de la normativa recogida en el Estatuto de los Trabajadores que siempre es una norma de mínimos, como todos conocemos, o en los mejores casos con las condiciones pactadas entre el trabajador con la institución de modo individual, lo que sitúa siempre al trabajador en una posición de debilidad negociadora.

Analizando la situación que se generó tras la crisis económica de 2008 y en previsión de el incremento de la deuda de los países, así como del aumento de la inflación conviene analizar la situación a la que se vieron abocados los museos y que nos pueda servir para tener una previsión de futuro para, en esta ocasión, adelantar nuestra gestión ante los riesgos. Para ello es preciso tener en cuenta los diferentes modelos de sostenimiento de los museos en los diferentes países.

Los museos de corte anglosajón y los museos privados, con la crisis económica y financiera, vieron como los mecenas recortaron su presupuesto destinado a cultura. Muchos museos que se habían endeudado con el fin de generar exposiciones temporales ahora vieron como aumentaba el precio del dinero y subían sus tipos de interés. La consecuente necesidad de afrontar los pagos de estas deudas contraídas implicó la suspensión de empleos y el aplazamiento de sus proyectos expositivos. También se suspendieron o abandonaron multitud de proyectos de renovación de los espacios y de rehabilitación de los edificios que actúan como contenedores de las obras.

Una repercusión positiva de la crisis fue el incremento de mujeres que alcanzaron titulaciones universitarias, está comprobado que el factor que más afecta a las visitas a los museos es el índice de escolaridad por lo que podemos considerar que la repercusión de este hecho será positiva respecto de los museos que también se feminizarán tanto en cuanto al incremento de las trabajadoras en los mismos, como respecto a las mujeres que los visiten⁴⁸.

También resulta positivo el estudio del envejecimiento poblacional, en tanto que el incremento de personas procedentes de la generación conocida como “baby boom” que alcanzará en estos años la edad de jubilación implicará el incremento de tiempo de ocio para una generación que se encuentra con un elevado nivel de actividad y de gusto por la cultura, lo que implicará un incremento del turismo y los visitantes de los museos.

Sería necesaria la inversión de dinero público que contrarrestara los problemas financieros, pero en los estados prácticamente en quiebra esa situación sería muy complicada de gestionar y de justificar, cuando la prioridad será sin duda el bienestar social en servicios como la sanidad o la educación.

Consideramos así que el futuro de los museos tendría que pasar sin duda por la profesionalización de su personal y la inclusión de las nuevas tecnologías en sus distintas áreas funcionales pues ambos cambios implicarán una mejora para el museo en el cumplimiento de sus objetivos.

⁴⁸ BERGUERON, Yves, “Los museos y la crisis. Tendencias en los museos norteamericanos”, *op. cit.*

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO FERNÁNDEZ, L.: *Museología y Museografía*, Madrid, 2001.
- BERGUERON, Y.: “Los museos y la crisis. Tendencias en los museos norteamericanos”. *Museos.es, Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, N.º. 5-6, 2009-2010, págs. 58-67.
- BOLAÑOS ATIENZA, M.: *Historia de los museos en España: memoria, cultura, sociedad*, Gijón, Trea, 2008.
- BOLAÑOS ATIENZA, M.: “Orígenes del coleccionismo y gustos modernos”, *Amigos de los museos: boletín informativo*, núm. 33, 2011.
- BOYLAN, P.J.: “Los profesionales de los Museos, su función y su definición”, *Revista de Museología*, núm. 5, 1995, pp. 13-18.
- CABELLO CARRO, M.P.: “Museo y política de recursos humanos”, *Do Marco Normativo á Organización*, 1998, pp. 227-252.
- CHINCHILLA GÓMEZ, M.: “El modelo recibido”, *Museo*, núm. 12, 2007, pp. 33-45.
- FOLGUERA, E.: “Los estudios y la formación de profesionales de los museos”, *Revista de Museología*, núm. 6, 1995, pp. 10-15.
- GALLARDO CASTILLO, M.J.: “Régimen disciplinario de los funcionarios públicos”, *Aranzadi*, 2015.
- GÓMEZ RODRÍGUEZ, E.A.: “Régimen disciplinario de los funcionarios públicos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182, 2017, pp. 531-534.
- KITTELMAN, J.: “Museum mismanagement”. *Museums News Revue*, Marzo, 1976.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Hacia un derecho penal sin fronteras*, Madrid, 2000, pp. 51-66.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y VIDA SORIA J.: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, pp. 59-111.
- NIGLIO, O.: “La política cultural en Italia y las innovaciones del siglo XXI”, *Culturas. Revista de Gestión Cultural*, Vol. 3, núm. 1, 2016, pp. 1-13.
- NISTAL BURÓN, J.: “El interés jurídicamente protegido en los delitos cometidos por los funcionarios públicos: la posibilidad de aplicar una doble sanción, penal y disciplinaria”, *Actualidad Administrativa*, núm. 16, 2011, pp. 3 y ss.
- PASTOR LAHERRÁN, M.: “Financiación de los museos extranjeros” en VV.AA. *Actas del VII Curso sobre patrimonio histórico*, Reinosa, julio-agosto 1996. Editor José Manuel Iglesias Gil, pp. 55-86.
- PINNA, G.: “La Europa del sur y sus museos: el caso de Italia”, *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, N.º. 5-6, 2009-2010, pp. 68-83.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, Madrid, Tecnos, 2021.
- SUKEL, W.M.: “Los museos como organizaciones”, en VV.AA. *La gestión del museo*, MOORE, K. (Ed.) Gijón, Trea, 1998.
- UBEDA TARAJO, F.: *Funcionarios públicos y tutela administrativa y penal de la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente*, Tesis doctoral dirigida por José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández (Dir. tes.), Fernando Navarro Cardoso (Codir. tes.). Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (2005).

Webgrafía

<https://www.icom-cc.org/que-es-el-icom/> (consultado 19 noviembre 2021).

<https://icom.museum/es/news/icom-define-consulta-2-que-deberia-formar-parte-de-la-nueva-definicion-de-museo/>(consultado 19 noviembre 2021).

<https://icom.museum/es/recursos/normas-y-directrices/codigo-de-deontologia/>.(consultado el 20 de noviembre 2021).

EL DERECHO CONSTITUCIONAL MUNICIPAL EN EL NEOFEDERALISMO BRASILEÑO: ORÍGENES, DESARROLLO Y DESAFÍOS

**Municipal Constitutional Law in brazilian neofederalism: Origins,
development and challenges**

Luís Fernando Sgarbossa

*Profesor de Derecho Constitucional Comparado y Derecho
Constitucional Subnacional¹*
Universidad Federal de Mato Grosso do Sul
lfsgarbossa@uol.com.br.

Geziela Iensue

Profesor de Derecho Internacional de los Derechos Humanos²
Universidad Federal de Mato Grosso do Sul
geziela.iensue@ufms.br.

Recibido: 16/11/2023 – Aceptado: 07/12/2023

Resumen

En Brasil, la cuestión de la naturaleza jurídica de las leyes orgánicas municipales, a pesar de que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia rechazan su carácter constitucional, parece merecer una mayor consideración. El análisis de la discusión demuestra que los argumentos en la controversia son frágiles, y la escasez de literatura dedicada específicamente al tema indica que hay un vacío de conocimiento en el campo del Derecho Constitucional que debe

¹ Doctor y Magíster en Derecho por la Universidad Federal de Paraná –UFPR (Brasil). Licenciado en Derecho por la Universidad Estadual de Ponta Grossa– UEPG (Brasil). Profesor de Derecho Constitucional Comparado y Derecho Constitucional Subnacional en la Universidad Federal de Mato Grosso do Sul –UFMS. Líder del Grupo de Investigación sobre Subconstitucionalismo– SubConst (UFMS/CPTL/CPNq). Correo electrónico: lfsgarbossa@uol.com.br.

² Doctora en Derecho por la Universidad Federal de Paraná – UFPR. Licenciada en Derecho y Magíster en Ciencias Sociales Aplicadas por la Universidad Estadual de Ponta Grossa –UEPG. Profesor de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad Federal de Mato Grosso do Sul– UFMS. Líder del Grupo de Investigación sobre Tutela Multinivel en Derechos Humanos, Democracia y Jurisdicción Internacional (UFMS/CPTL/CNPq). Correo electrónico: geziela.iensue@ufms.br.

llenarse. El objetivo del presente estudio es avanzar en la frontera del conocimiento sobre el problema mencionado anteriormente utilizando una metodología histórico-comparativa y, especialmente, inductiva, así como una investigación de naturaleza básica, bibliográfica y documental. El artículo analiza la discusión sobre la naturaleza constitucional o meramente legal de las leyes orgánicas municipales en Brasil. Rescata las doctrinas rivales sobre el autogobierno municipal en Estados Unidos –la Doctrina del juez Dillon y la Doctrina del juez Cooley– y destaca su posible recepción por las constituciones de los Estados de Santa Catarina y Rio Grande do Sul en la Antigua República. Explora la federalización del régimen constitucional –el *Brazilian home rule*– tras la Constitución de 1988. Compara los regímenes de autonomía de las entidades subnacionales primarias y secundarias en el neofederalismo brasileño en aspectos cruciales, como competencias, integridad territorial e intervención federal o estadual. Aplica la Teoría Dinámica del Federalismo de Patricia Popelier a las entidades subnacionales brasileñas, comparando los puntajes de los Estados, el Distrito Federal y los municipios en indicadores de autonomía material, procesal y de homogeneidad. Finalmente, explora las posibilidades de control de constitucionalidad municipal ante las restricciones derivadas de la falta de competencia expresa del municipio para legislar sobre proceso y procedimiento y la ausencia de un poder judicial municipal en Brasil, destacando la existencia de mecanismos embrionarios de control político de constitucionalidad municipal. Se concluye por el alto grado de similitud entre el régimen jurídico y el grado de autonomía de las entidades subnacionales primarias y secundarias, y por la posibilidad de reconocer el carácter verdaderamente constitucional de las leyes orgánicas municipales.

■ **Palabras clave:**
Neofederalismo; Autogobierno;
Municipalidad; Derecho
Constitucional Municipal; Control de
constitucionalidad municipal

Abstract

The issue of the legal nature of municipal charters, despite the prevailing literature and jurisprudence rejecting its constitutional character, seems worthy of greater attention in Brazil. The review of the discussion on the subject highlights the fragility of the arguments in the controversy, and the scarce literature dedicated specifically to the issue suggests the existence of a gap in the body of knowledge in the field of Constitutional Law that deserves to be filled. Starting from a basic bibliographic and documental research, a historical-comparative and, especially, inductive methodology, the present study seeks to advance the frontier of knowledge regarding the previously mentioned problem. The article critically explores the discussion about the legal nature of municipal organic laws in Brazil –namely, the constitutional or merely legal status of the municipal basic laws. It retraces the rival doctrines on municipal self-government in the USA –Dillon’s Doctrine and Cooley Doctrine– and highlights its possible reception by the constitutions of the States of Santa Catarina and Rio Grande do Sul in the Brazilian Old Republic. It explores the federalization of the charter regime –Brazilian Home Rule– since the 1988 Brazilian Constitution. It compares the autonomy regime of primary and secondary subnational entities in Brazilian neo-federalism in terms of crucial aspects, such as competences, autonomy, territorial integrity and intervention. It applies Patricia Popelier’s Dynamic Theory of Federalism to Brazilian subnational entities, comparing the scores of States, Federal District and municipalities in the indicators of material,

■ **Keywords:**
Neofederalism; Home rule;
Municipalities; Municipal
Constitutional Law; Municipal
review of legislation

procedural and homogeneity autonomy. Finally, it explores the possibilities of municipal constitutionality review before the restrictions arising from the lack of express competence of the municipality to legislate on process and procedure and the absence of a municipal judicial power, evidencing the existence of embryonic mechanisms of municipal political review of constitutionality. It concludes by the high degree of similarity between the constitutional regime and the degree of autonomy of primary and secondary subnational entities, and by the possibility of recognizing the constitutional nature of municipal organic laws.

I. Introducción – II. Breve examen crítico de la controversia doctrinal y jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de las leyes orgánicas municipales en Brasil – III. La discusión sobre la autonomía local en Estados Unidos: la regla de Dillon *versus* la doctrina Cooley – IV. Neofederalismo, autonomía brasileña y sus impactos en el pluralismo constitucional – V. Análisis comparativo entre el municipio y otras entidades territoriales autónomas de Brasil – VI. Análisis del controvertido constitucionalismo municipal brasileño a partir de la Teoría Dinámica del Federalismo de Popelier – VII. Municipalidad y control de constitucionalidad: posibilidades para el control de constitucionalidad municipal – VIII. Consideraciones finales – IX. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina y la jurisprudencia, al enfrentar el problema de la naturaleza jurídica de las leyes orgánicas municipales³ en el Derecho Constitucional brasileño, han adoptado mayoritariamente el entendimiento de que dichas normas, a pesar del importante grado de similitud que guardan con las cartas constitucionales estatales y con la Ley Orgánica del Distrito Federal, son de naturaleza meramente legal, es decir, infraconstitucionales, aunque son dotadas de una jerarquía superior a otras normas jurídicas municipales.

En otras palabras, para la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias brasileñas, las leyes orgánicas municipales –LOMs– en Brasil no son propiamente *constituciones municipales* –a pesar de que tal analogía aparece frecuentemente en la literatura jurídica–, sino meras leyes superiores a otras leyes locales, insertándose así en el marco del derecho infraconstitucional y resolviéndose el conflicto entre la LOM y las demás leyes municipales en control de legalidad, no de constitucionalidad.

A pesar de que la mencionada concepción es bastante tradicional en el constitucionalismo brasileño, aún quedan algunas cuestiones por afrontar, desde el punto de vista teórico, ya que normalmente la discusión adecuada de este problema parece involucrar aspectos que van más allá de los comúnmente explorados en trabajos dedicados al tema. Este artículo intentará ir más allá de la exploración ya realizada por la doctrina, con el propósito de realizar una reflexión más profunda sobre

³ Estas son las leyes básicas de todas las municipalidades de Brasil, previstas en la propia carta federal de 1988 (artículo 29) e que tienen por función regir la municipalidad y organizar los poderes y órganos municipales.

la naturaleza jurídica de las leyes orgánicas municipales en la federación brasileña después de 1988, fecha de creación de la vigente carta federal brasileña que aportó importantes innovaciones en la materia.

Se puede empezar el análisis del tema en discusión recordándose el lema en alemán “*Stadtluft macht frei*”, muy común en la Baja Edad Media europea.⁴ Este lema puede traducirse como “el aire de la ciudad hace libre”, y representaba un principio jurídico tardomedieval según el cual los siervos o esclavos fugitivos, si entraban en el territorio de una ciudad libre –es decir, una ciudad dotada con una carta de fuero y, en consecuencia, con privilegios que representaban una autonomía particular– se volvía libre después de la expiración de un cierto período y no podía ser recuperado⁵.

Es interesante, por tanto, comenzar con la observación de que bajo el “constitucionalismo” medieval –que tiene profundos vínculos con el constitucionalismo “moderno”⁶ o contemporáneo, como lo demuestran construcciones como el debido proceso legal, cuya forma embrionaria ya existía en Inglaterra en el siglo XIII– las ciudades eran uno de los principales elementos que limitaban el poder de los monarcas – y el propio Estado moderno surge a partir de la victoria de los monarcas no sólo contra el papa, el emperador y la nobleza, sino también contra las ciudades⁷, bajo la forma del Estado absoluto.

El éxito de los monarcas contra enemigos internos y externos al inicio de la modernidad se traduce, históricamente, en una concentración del poder político y, en este proceso, las ciudades –como ocurrió con la nobleza⁸– perdieron su alto grado de autonomía y el importante papel que disfrutaron en la Baja Edad Media, cuya idea permanece simbólicamente preservada en la ideología política, sin embargo, bajo el lema *Stadtluft macht frei*. Lo que es importante destacar, por el momento, es la relación relevante entre la autonomía municipal y el constitucionalismo ya en los inicios de este último en la Baja Edad Media.

Se sabe que el constitucionalismo contemporáneo o “moderno” nace en el entorno de los Estados-nación, tendiendo en consecuencia a centrarse en la comunidad política total⁹ –el Estado en el sentido más estricto– o, en el máximo, en subdivisiones políticas o estructuras administrativas primarias (como estados, regiones, provincias,

⁴ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional & Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2003. Como sabemos, bajo el “constitucionalismo” medieval uno de los elementos limitantes del poder de los monarcas, junto con los estamentos, estados o cortes generales, los privilegios y las “cartas de franquia” o fueros, consistía en la autonomía de las ciudades y burgos, entonces entendidas como corporaciones y muchas veces dotadas de un peculiar régimen político-jurídico.

⁵ WEBER, M. *Economía e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Vol. 2. Trad. Regis Barbosa e Karen E. Barbosa. Brasília: Editora UnB, 2004.

⁶ CANOTILHO, J. J. G. *op. cit.*

⁷ CREVELD, M. V. *Ascensão e Declínio do Estado*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

⁸ WEBER, M. *op. cit.*

⁹ HIRSCHL, R. *City, State, Constitutionalism and the Megacity*. New York: Oxford University Press, 2020.

cantones, *Länder* y similares) y, por lo tanto, ignorando o dando poca importancia a subdivisiones políticas más pequeñas (como ciudades, municipios, comunas, condados y similares).

En el nacimiento del constitucionalismo contemporáneo, en particular desde la revolución liberal estadounidense de finales del siglo XVIII, las entidades subnacionales de primer grado –estados federados y similares– ocupan cierto espacio de importancia, pero hay poco o ningún espacio para las entidades subnacionales locales, es decir, las municipalidades. Evidentemente, el panorama no parece ser mejor en el contexto de los Estados unitarios.

Como enseña Hirschl en un estudio reciente de gran importancia, el silencio constitucional sobre la ciudad es un rasgo característico del constitucionalismo contemporáneo y se debe a que esto tiene como referente al Estado-nación, dejando a la ciudad un papel subordinado, ya que pasa a entenderse como una simple criatura del Estado nacional, fenómeno que explicaría su estatus constitucional actual que, en palabras de ese autor, se sitúa entre lo secundario y lo inexistente¹⁰.

Siguiendo las reflexiones del autor canadiense, cabe señalar, sin embargo, cuánto ha cambiado profundamente la situación político-territorial de los Estados en los últimos siglos. De hecho, si alrededor de 1800 solo alrededor del 3% de la población mundial vivía en ciudades, en 2019 este porcentaje ya correspondía a alrededor del 56%, lo que representa un enorme cambio en términos de la importancia política de las entidades locales y ayuda a ilustrar el anticuado de los conceptos de gobierno territorial que aún prevalecen en el constitucionalismo gestado con un enfoque en el Estado-nación. Además, hay que recordar el surgimiento de las mega ciudades, es decir, ciudades con más de una decena de millones de habitantes, como Mumbai, Tokio, Lagos, Dhaka, São Paulo y Ciudad de México, lo que da origen a lo que el autor llama “Era Urbana”¹¹. Estas pocas reflexiones históricas son suficientes para contextualizar el problema que enfrentamos actualmente y su relevancia actual, teórica y práctica.

Con vistas a abordar la temática propuesta, este estudio adoptará el siguiente itinerario: a partir de un análisis crítico de los fundamentos de la comprensión predominante aludida y breves reflexiones históricas sobre las transformaciones sufridas por los municipios en cuanto a su naturaleza y régimen jurídico, se hará una reflexión sobre el papel apropiado del autogobierno local en un constitucionalismo en sintonía con la realidad urbana de las sociedades políticas contemporáneas.

Luego se hará un breve repaso de las controversias jurídicas que han surgido respecto de la autonomía municipal en los Estados Unidos de América, ya que comprender las diferentes interpretaciones sobre el tema en ese país puede ayudar en la búsqueda de una respuesta al problema en Brasil indicando incluso, desde un punto de vista histórico-comparado, los posibles orígenes del actual sistema federal aquí adoptado.

¹⁰ HIRSCHL, R. *op. cit.*

¹¹ *Ibid.*

El tercer tópico explorará las peculiaridades de este modelo que puede denominarse neofederalismo brasileño, proponiendo una explicación del modelo basada en la constitucionalización entre nosotros, a nivel federal, del sistema llamado *Home Rule*, de origen americano y basado en sobre la doctrina del juez Cooley, así como reflexionar sobre los impactos de la hipótesis en la comprensión del modelo federal aquí vigente y del problema bajo análisis.

A continuación, se aplicará la muy reciente Teoría Dinámica del Federalismo, propuesta por Popelier¹², para tratar de comprender, a partir de una teoría del federalismo más actual, elaborada y consistente, incluso con base empírica, qué lugar ocupan plausiblemente las cartas municipales en el del Derecho Público brasileño, más allá de las meras formas jurídicas o su denominación.

Finalmente, se harán algunas reflexiones sumarias sobre las posibilidades de desarrollar un control de constitucionalidad municipal, en el eventual cambio de la comprensión doctrinal y jurisprudencial actualmente predominante sobre el tema, considerando las peculiaridades del federalismo brasileño, especialmente en términos de distribución de poderes legislativos entre diferentes entidades federales y las asimetrías que existen entre entidades federativas nacionales y subnacionales. En este aspecto, tendrán especial relevancia la competencia exclusiva de la Unión para legislar en materia procesal (art. 22, I, de la CF/88) y la ausencia de un Poder Judicial municipal en el derecho brasileño (arts. 29 a 30 c/c 92 y ss. del CF /88), como se verá.

II. BREVE EXAMEN CRÍTICO DE LA CONTROVERSIAS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS LEYES ORGÁNICAS MUNICIPALES EN BRASIL

Como es sabido, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia brasileña predominante aceptan la tesis de la naturaleza meramente jurídica, es decir, no constitucional, de las leyes orgánicas municipales¹³. Por lo tanto, es necesario, en un primer momento, realizar una revisión crítica de los argumentos normalmente utilizados para respaldar tal entendimiento, antes de embarcarse en una propuesta alternativa para abordar el tema.

En este contexto, ocurre observar inicialmente que un primer argumento, más simple u obvio, normalmente utilizado contra el reconocimiento de la naturaleza constitucional de las LOM, podría denominarse argumento *nominalista*. Este argumento, como es evidente, se basa en la distinción terminológica adoptada por el texto constitucional, al establecer en su literalidad que los Estados federados se organizan y rigen por *constituciones* (art. 25 caput, del CF/88) y las demás entidades subnacionales por *leyes orgánicas* (art. 29 caput, y 32 caput de la CF/88).

¹² POPELIER, P. *Dynamic Federalism: A New Theory for Cohesion and Regional Autonomy*. Abingdon: Routledge, 2021.

¹³ SANTOS, A. L.; SOUZA, C. V. de. “Poder Constituinte Derivado Decorrente dos Municípios: uma análise fundamentada nos princípios federativo e da simetria.” *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 8, n. 1, 2013, pp. 394-415.

Parece evidente que este argumento resulta extremadamente frágil, habiendo perdido aún más espacio con el cambio de orientación jurisprudencial del Supremo Tribunal Federal o STF –la suprema corte brasileña– que, después de algunas vacilaciones, reconoció la Ley Orgánica del Distrito Federal como al menos parcialmente constitucional¹⁴.

Un segundo argumento comúnmente utilizado para defender el carácter meramente ordinario de las leyes orgánicas municipales podría denominarse argumento de la doble subordinación, basado evidentemente en la subordinación de las leyes orgánicas municipales no sólo a principios inscriptos en la carta federal, sino también en principios inscriptos en las constituciones estatales, considerando que el art. 29 *caput* de la CRFB/88 establece expresamente dicha subordinación¹⁵.

Este argumento tampoco parece ser el más sólido, una vez que, como se verá en detalle más adelante, las leyes orgánicas municipales parecen corresponder a los conceptos materiales y formales de constitución en aspectos cruciales, por un lado, y sin embargo porque no se distinguen de las constituciones estatales y de la Ley Orgánica del Distrito Federal –LODF– en aspectos igualmente cruciales. Es particularmente relevante señalar que si se adoptara un concepto formal estricto de constitución como norma suprema de un orden –y no sólo supralegal– ni siquiera las constituciones estatales podrían ser consideradas constituciones efectivas, en la medida en que están subordinadas, aunque apenas parcialmente, al orden federal.

Por lo tanto, parece poco importante que haga la subordinación en relación con uno o más órdenes constitucionales superiores, especialmente en un neofederalismo que incluye entidades subnacionales de segundo grado en el pacto federativo (arts. 1 y 18 de la CRFB/88), como se examinará mejor más adelante, dotándolas de facultades similares en todos los aspectos a las competencias constituyentes derivadas de los Estados (art. 25) y la del Distrito Federal (art. 32).

Otro argumento frecuente en la discusión sobre la naturaleza constitucional o legal de las leyes orgánicas municipales es la simetría o asimetría de la propia LOM en relación con las cartas estatales y la LODF, o incluso la simetría o asimetría de la organización del municipio en comparación con las demás entidades de la federación. Aquí predominan las opiniones que enfatizan elementos de asimetría, como la ausencia de poder judicial municipal, para respaldar la visión predominante. Este argumento se examinará más a fondo a continuación.

¹⁴ SANTOS, A. L.; SOUZA, C. V. de, *op. cit.* En el Derecho Constitucional brasileño el Distrito Federal es una entidad *sui generis* de la federación, e absorbe competencias de Estado y de municipalidad (art. 32 de la Constitución brasileña del 1988 –a CRFB/88). De esa manera, su derecho es híbrido y su Ley Orgánica es reconocida por la suprema corte federal como constitución en ciertas materias– como la organización de los poderes –y como simple ley infraconstitucional en otras– como cuánto a las normas que regulan cuestiones relacionadas al interés local, por ejemplo. Es, así, una singular semiconstitución.

¹⁵ SANTOS, A. L.; SOUZA, C. V. de, *op. cit.*

El argumento del federalismo de segundo grado (arts. 1 y 18 CRFB/88) también aparece frecuentemente en los debates sobre el tema que nos ocupa, pero es invocado por quienes avalan la comprensión doctrinal y jurisprudencial minoritaria, es decir, la concepción que reconoce la existencia del constitucionalismo municipal en Brasil y la naturaleza constitucional de las LOM.

Por otro lado, cabe señalar que este argumento, aunque relevante, no parece ser definitivo, ya que la adopción del federalismo no implica necesariamente un constitucionalismo subnacional, como lo demuestran las federaciones sin subconstitucionalismo, siendo el ejemplo clásico Nigeria bajo la carta de 1977. Ese sistema constitucional es el ejemplo clásico de la posibilidad de existencia de federaciones sin sistema constitucional dual, es decir, de sistemas federales que no otorgan a los Estados un poder constituyente derivado.

De hecho, la literatura más reciente y actualizada, tanto en el campo del Derecho como de la Ciencia Política, ya no considera que el federalismo implique necesariamente subconstitucionalismo, distinguiendo federaciones sin subconstitucionalismo de federaciones con un sistema constitucional dual¹⁶. Así, si bien la integración de los municipios a la federación es inequívoca en Brasil después 1988, esto en sí mismo no implica identidad de condición jurídica con los Estados y el Distrito Federal ni permite inferir el carácter constitucional de las LOM. En este aspecto, el grado de similitud o diferencia entre la condición general de las entidades federativas de segundo y tercer grado, examinadas a continuación, parece más relevante para una conclusión más satisfactoria.

Siempre en el ámbito comparativo, es posible arrojar algo de luz sobre el debate brevemente descrito, abordando esta vez ya no las federaciones, sino los Estados federo-regionales, es decir, los Estados autonómicos o regionales integrales, entendidos así como aquellos en los que todas las subdivisiones territoriales de primer grado –Comunidades en el caso de España, Regiones en el caso de Italia– gozan de autonomía.

En estos casos, la literatura más actualizada tanto en el campo del Derecho como en la Ciencia Política reconoce la posibilidad de la existencia de constitucionalismo subnacional en Estados formalmente no federales. Aunque tanto Italia como España no son formalmente federaciones, la literatura reconoce ampliamente que tienen un constitucionalismo subnacional, que incluso parece corroborado en gran medida por importantes decisiones de los respectivos tribunales constitucionales. A continuación se explorará más a fondo el impacto del análisis comparativo del régimen municipal con el de las entidades subnacionales en los estados federo-regionales sobre el problema bajo examen.

Sin embargo, ninguno de los argumentos examinados brevemente hasta ahora parece ser decisivo: algunos se inclinan a favor de reconocer la naturaleza constitucional de las LOM en Brasil y otros en la dirección opuesta. Parece que los argumentos más

¹⁶ MARSHFIELD, J. L. “Models of Subnational Constitutionalism”. *Penn State Law Review*, CXV(4), 2011, pp. 1151-1198.

sólidos en esta cuestión pueden ser los relativos al principio de integridad territorial, la intervención estatal y, también, el derecho histórico al autogobierno¹⁷.

El principio de integridad territorial se remonta al Derecho Constitucional norteamericano y actualmente se encuentra, dentro de ciertos límites, inscrito en los artículos 18 § 3 de la carta brasileña vigente respecto de los Estados y 18 § 4 respecto de los municipios. Puede traducirse en la idea de que el estado miembro de una federación no puede sufrir cambios territoriales sin su consentimiento, normalmente expresado mediante la aprobación del cambio territorial por ley estadual.

En Brasil dicho principio estuvo vigente desde la Carta de 1891 hasta la Constitución de 1967, cuando terminó por ser abolido, quedando los territorios estatales sujetos a cambios por mera Ley Complementaria¹⁸. Fue restablecido en parte con la llegada de la Constitución actual, que si bien no restableció integralmente el sistema de la carta del 1946, mantuvo al menos el requisito de aprobación por consulta popular que, en parte, parece corresponder en expresión al principio en cuestión¹⁹.

Lo importante aquí es observar el tratamiento claramente similar que da el constituyente original del 1988 a los Estados, Distrito Federal y municipios, una vez que confiere un régimen jurídico muy similar tanto a las entidades de segundo como de tercer grado, simplemente comparando los términos de los §§ 3 y 4º de arte. 18 de la CF/88²⁰.

Lo mismo si puede decir acerca de la intervención federal sobre los Estados o del Distrito Federal –y, excepcionalmente, sobre municipios ubicados en Territorio Federal–, y de la intervención estatal sobre los municipios, dadas las grandes analogías en términos de hipótesis y régimen jurídico al examinar comparativamente los arts. 34, 35 y 36 del CRFB/88²¹.

En síntesis, parece creíble considerar que tanto la similitud de las normas constitucionales federales que se refieren al principio de integridad territorial de los estados y municipios como las que se refieren al instituto de intervención federal o estadual indican claramente la intención del constituyente de proporcionar dotar

¹⁷ TRIGUEIRO, O. *Direito Constitucional Estadual*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ La Constitución brasileña del 1946 garantiza doblemente la integridad territorial de los Estados, al someter modificaciones territoriales tanto a aprobación por la legislatura local como por *referéndum* popular. La carta del 1988 restableció solamente la última exigencia, de modo que el legislador local permanece excluido de intervenir en procesos de alteración territorial del Estado.

²⁰ SANTOS, A. L.; SOUZA, C. V. de, *op. cit.* Ambos los dispositivos constitucionales federales exigen que la alteración territorial de Estados o municipios sea precedida de consulta a la población involucrada en la cuestión.

²¹ *Id.* Tanto la intervención federal –o sea, hecha por la Unión en Estados o en el DF– como la intervención estadual –la hecha por uno de los Estados en sus municipios– son excepcionales e temporarias, y solo se pueden decretar en casos exhaustivamente enumerados en la constitución federal o estadual, entre otras garantías de autonomía de Estados e municipios.

entidades subnacionales primarias y secundarias con un grado de autonomía casi idéntica.

Un último aspecto a considerar en esta exploración preliminar de la discusión, a efectos de introducción y contextualización, consiste en el Principio del Derecho histórico al autogobierno. En resumen, se considera que en la federación brasileña, de origen centrífugo o por segregación, no habría ningún derecho histórico de autogobierno por parte de los Estados federados que surgen simultáneamente a la federación y que son los sucesores de las provincias que formaban parte de un Estado unitario anterior²². Esta distinción es relevante y, según numerosos estudios, los orígenes de la segregación *–holding together–* o agregación *–coming together–* de los estados federales parecen ser explicaciones plausibles respecto al grado de autonomía subnacional.

Todavía, es necesario resaltar un punto importante consistente en el hecho de que si formalmente los Estados brasileños no tuvieran un derecho histórico al autogobierno –ya que son posteriores al Estado brasileño, y no anteriores a él, como ocurre en Estados Unidos, por ejemplo, donde los primeros suelen ser concebidos como criaturas del Estado y no como sus creadores– esta lógica no se aplica necesariamente a los municipios brasileños.

En realidad, los municipios existen en Brasil desde el período colonial (siglos XVI-XVIII), debido a la recepción del derecho portugués y en particular de las Ordenanzas del Reino de Portugal, constituyendo la forma más antigua de autogobierno registrada en el territorio nacional.²³ Así, el argumento del derecho histórico, que no puede invocarse –al menos en principio– a favor de los Estados, puede perfectamente invocarse a favor de los municipios²⁴.

Hechas estas consideraciones críticas iniciales al debate, que pretendieron introducir y contextualizar el problema tal como ha sido abordado hasta el momento en la literatura jurídica brasileña, cabe profundizar en aspectos importantes para su análisis desde otros puntos de vista que son no tan frecuentes en el debate doctrinal desarrollado hasta ahora, aquí rápidamente resumido.

En el siguiente tema se examinarán las diferentes concepciones existentes sobre la autonomía local en los Estados Unidos de América desde finales del siglo XIX, por razones que se destacarán a continuación, de modo que intentemos avanzar hacia las diferentes posibilidades de una comprensión más adecuada del estatus jurídico-constitucional del municipio en el neofederalismo brasileño establecido en 1988.

²² TRIGUEIRO, O. *op. cit.*

²³ *Id.*

²⁴ Incluso la primera constitución brasilera, la imperial del 1824, después de otorgada fue sometida a aprobación por las cámaras de concejales en Brasil, lo que pone evidente la importancia de los órganos municipales en Brasil.

III. LA DISCUSIÓN SOBRE LA AUTONOMÍA LOCAL EN EE.UU.: LA REGLA DE DILLON VERSUS LA DOCTRINA COOLEY

En los Estados Unidos de América, debido a conflictos entre poderes estatales y locales –entendidos aquí como poderes subestadales, es decir, poderes municipales o de condado– la discusión sobre la autonomía municipal llegó a los tribunales y recibió tratamientos muy diferentes dependiendo de esos órganos judiciales adoptaren uno entre dos concepciones rivales que se afianzaron allí²⁵.

Uno de los conceptos en discusión es lo que se conoció como la Doctrina de Dillon –*Dillon's Doctrine*– y que se remonta al precedente *The City of Clinton v. Cedar Rapids and Missouri Railroad*, juzgados por la Corte Suprema de Iowa en 1868. Esta orientación también fue difundida por el juez John F. Dillon en su obra “*The Law of Municipal Corporations*”, publicada en 1873, y puede resumirse a grandes rasgos como la concepción según la cual, en la medida en que los Estados gozan de todos los poderes que no están concedidos a la Unión ni les están prohibidos (X Enmienda de 1791, poderes reservados), las ciudades, municipios y condados gozarían únicamente de los poderes que les fueran expresamente atribuidos por los Estados a través de sus constituciones o leyes.

En efecto, la Constitución de Filadelfia no se dedicó ni a los Estados ni a los gobiernos locales –municipales o de condado–, limitándose a organizar los poderes federales, su propia enmienda y los rasgos básicos de la federación americana. La Décima Enmienda, de 1791, como ya se mencionó, atribuye a los Estados todos los poderes no atribuidos a la Unión o prohibidos a ellos. En otras palabras, en el contexto del federalismo norteamericano, la doctrina de Dillon parece creíble, basada en la visión según la cual la autonomía local que pueda existir es el resultado de una delegación hecha por los Estados a favor de los municipios.

La consecuencia de esta concepción es que no existe el derecho al autogobierno *per se* a nivel local, de modo que los gobiernos locales no gozan de autonomía frente a los Estados, quedando sujetos a las legislaturas estatales, de manera que pueden ser creados, modificados, controlados, regulados, restringidos e incluso abolidos por aquellas a su discreción²⁶.

²⁵ La literatura norteamericana sobre el tema es vasta. Vea, entre muchos, RICHARDSON JR., J. J. “Dillon’s Rule is from Mars, Home Rule is from Venus: Local Government Autonomy and the Rules of Statutory Construction”. *Publius: The Journal of Federalism*, v. 41, n. 4, 2011, pp. 662-685.

Sobre los poderes locales, ver FRUG, G. E. “The City as a Legal Concept”. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 6, abr./1980, pp. 1057-1154.

²⁶ “*Municipal corporations owe their origin to, and derive their powers and rights wholly from, the legislature. It breathes into them the breath of life, without which they cannot exist. As it creates, so may it destroy. If it may destroy, it may abridge and control*” (Justice Dillon Opinion’s, Iowa SC, 1868). El propio juez Cooley, autor de la doctrina rival, describe muy bien la concepción conocida como Regla de Dillon en su paradigmático dictamen al respecto, en otro caso: *Now, it must be conceded that the judicial decisions and law writers generally assert that the state creates the municipal bodies, endows them with such of the functions of corporate life and entrusts them with such share in the local government, as to*

Cabe señalar que, además del contexto basado en los poderes residuales de los Estados, el derecho histórico de los Estados originales –las trece antiguas colonias británicas independientes en 1776– al autogobierno también está en la base de esta concepción, que incluso significa que conciben su autonomía como original –es decir, anterior a la federación– y como base de la legitimidad de la propia constitución federal, a diferencia de lo que ocurre en federalismos originados por procesos de desagregación o descentralización, como el brasileño, en qué Estados son criaturas del Estado federal y de su constitución²⁷.

La doctrina rival de la que aquí se resume se conoce como Doctrina Cooley –*Cooley's Doctrine*–, también llamada así por el juez del mismo nombre de la Corte Suprema del Estado de Michigan, y que se remonta al precedente *People ex rel. LeRoy v. Hurlbut*, juzgado por ese tribunal en 1871.

Según esta concepción, el gobierno local es expresión de un derecho inherente al autogobierno, asociado al propio principio democrático e indisolublemente ligado a las ideas básicas de la revolución americana, siendo por tanto intangible para la autoridad estadual, de manera que no puede ser restringida, regulada, controlada, abolida o suprimida, en diametral oposición a las consecuencias aceptadas por la doctrina rival²⁸.

En todo caso, es necesario advertir que la Doctrina Cooley –la base del *Home rule* en ese país– no constituye la concepción dominante en EE.UU., desde un punto de vista jurisprudencial, como se desprende especialmente del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema federal estadounidense.

the legislative judgment shall seem best; that it controls and regulates their action while they exist, subjects them to such changes as public policy may dictate, and abolishes them at discretion; in short that the corporate entities are mere agencies which the state employs for the convenience of government, clothing them for the time being with a portion of its sovereignty, but recalling the whole or any part thereof whenever the necessity or usefulness of the delegation is no longer apparent."(Justice Cooley Opinion's, Michigan SC, 1871, § 96).

²⁷ TRIGUEIRO, O. *op. cit.*

²⁸ "The historical fact is, that local governments universally, in this country, were either simultaneous with, or preceded, the more central authority (...) What I say here is with the utmost respect and deference to the legislative department; even though the task I am called upon to perform is to give reasons, why a blow aimed at the foundation of our structure of liberty should be warded off.(...) "local government is a matter of absolute right; and the state cannot take it away". Y, más adelante, "Nevertheless, when the state reaches out and draws to itself and appropriates the powers which from time immemorial have been locally possessed and exercised, and introduces into its legislation the centralizing ideas of continental Europe, under which despotism, whether of monarch or commune, alone has flourished, we seem force back upon and compelled- to take up and defend the plainest and most primary axioms of free government, as if even in Anglican liberty, which has been gained step by step, through extorted charters and bills of rights, the punishment of kings and the overthrow of dynasties, nothing was settled and nothing established".(Justice Cooley Opinion's, Michigan SC, 1871 §§ 100 e 109).

Al dictaminar casos relacionados con la autonomía municipal a principios del siglo XX, la Corte Suprema de Estados Unidos confirmó la Doctrina de Dillon. El precedente es *Hunter v. City of Pittsburg* (1907), caso que implicó una discusión sobre la legitimidad constitucional de la anexión de la ciudad de Allegheny a Pittsburgh (Pensilvania) a pesar de la oposición de sus residentes. En este importante caso, la Corte Suprema de Estados Unidos estableció la *Dillon's Doctrine* como regla, aunque señaló que era permisible que los Estados adoptaran la doctrina contraria –es decir, la doctrina del *Home rule*– en sus leyes o constituciones, lo que tendrá relevantes consecuencias históricas, como se verá²⁹. La adopción de la Doctrina Dillon por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos fue reiterada en *Trenton v. Nueva Jersey*, en 1923³⁰.

Así, en Estados Unidos, en materia de autonomía municipal o autogobierno local, prevaleció la doctrina Dillon, como lo demuestran los dos precedentes de la Corte Suprema de la primera mitad del siglo XX. Sin embargo, como se señaló, ese tribunal entendió que los Estados tenían derecho a adoptar un sistema basado en la autonomía y el derecho al autogobierno local y, de hecho, varios Estados, a través de disposiciones constitucionales o legislativas, adoptaron la doctrina Cooley o *Home Rule*, originando la famosa distinción que todavía existe hoy entre los *Home Rule States*, que adoptan la doctrina Cooley, y los *Dillon's Rule States*, que respaldan la doctrina homónima³¹.

²⁹ "We have nothing to do with the policy, wisdom, justice, or fairness of the act under consideration; those questions are for the consideration of those to whom the state has entrusted its legislative power, and their determination of them is not subject to review or criticism by this court. We have nothing to do with the interpretation of the Constitution of the state and the conformity of the enactment of the assembly to that Constitution; those questions are for those consideration of the courts of the state, and their decision of them is final. The 5th Amendment to the Constitution of the United States is not restrictive of state, but only of national, action". (...) "Municipal corporations are political subdivisions of the state, created as convenient agencies for exercising such of the governmental powers of the state as may be entrusted to them.... The number, nature, and duration of the powers conferred upon these corporations and the territory over which they shall be exercised rests in the absolute discretion of the state". (...) "The state, therefore, at its pleasure, may modify or withdraw all such powers, may take without compensation such property, hold it itself, or vest it in other agencies, expand or contract the territorial area, unite the whole or a part of it with another municipality, repeal the charter and destroy the corporation. All this may be done, conditionally or unconditionally, with or without the consent of the citizens, or even against their protest. In all these respects the state is supreme, and its legislative body, conforming its action to the state Constitution, may do as it will, unrestrained by any provision of the Constitution of the United States". (U.S. Supreme Court, *Hunter v. City of Pittsburg*, 1907).

³⁰ "In the absence of state constitutional provisions safeguarding it to them, municipalities have no inherent right of self-government which is beyond the legislative control of the state, but are merely departments of the state, with powers and privileges such as the state has seen fit to grant, held and exercised subject to its sovereign will" (*Trenton v. New Jersey*, 1923).

³¹ Según la *National League of Cities* de los 50 estados actuales de América del Norte, 40 adoptan la *Dillon's Rule* y 10 adoptan el *Home Rule*.

Esta breve descripción de las concepciones rivales sobre la materia en Estados Unidos y de las decisiones paradigmáticas antes mencionadas bastará para ayudar a comprender la situación político-jurídica de las entidades municipales en el constitucionalismo brasileño, ya sea por razones los aparentes orígenes históricos del régimen municipal instaurado en Brasil en 1988 –que parece estar relacionado con el constitucionalismo estadounidense–, ya sea a través del análisis de las similitudes y diferencias entre el federalismo norteamericano y el federalismo brasileño, que se hará en el siguiente tema.

IV. NEOFEDERALISMO, EL *HOME RULE* BRASILEÑO E IMPACTOS SOBRE EL PLURALISMO CONSTITUCIONAL

Parte de la literatura contemporánea utiliza el término neofederalismo para describir acuerdos federales o federativos que no encajan en el modelo clásico de federalismo dual del siglo XIX, representados por modelos arquetípicos como el norteamericano y el suizo. Los arreglos de tipo federal han efectivamente adquirido nuevos diseños a lo largo de los dos últimos siglos y, en este proceso, la Constitución de la República de 1988 estableció en Brasil precisamente un régimen de autonomía subnacional que parece posible de considerarse de tipo neofederal.

Antes de examinar el peculiar federalismo brasileño de 1988, es necesario examinar, aunque brevemente, algunos puntos centrales sobre el desarrollo de la autonomía de las colectividades territoriales subnacionales en el nivel local – expresión aquí entendida como municipal y, por tanto, opuesta a estadual.

El primer aspecto que hay que recordar sobre el régimen jurídico municipal en Brasil es que aún en el período colonial, cuando no existían órganos representativos en el nivel de las “capitanías”³², existía ya la representación política municipal, a través de los concejos municipales, entonces entendidos como corporaciones no territoriales imbuidas por una mezcla de funciones ejecutivas, administrativas, legislativas y judiciales, por recepción del derecho portugués del período³³.

Este elemento histórico es importante y muestra que la tradición de autonomía municipal precede a la tradición de autonomía estadual en Brasil, además de mostrar que el derecho histórico al autogobierno³⁴, normalmente considerado inaplicable a los Estados en una federación formada por segregación, como la brasileña, puede eventualmente ser invocado a favor de los municipios que no sólo preceden históricamente a la federación y a los Estados, sino que también preceden a la entidad política misma, es decir, al propio Estado brasileño que surgió en 1822, remontándose a el periodo colonial.

³² Las “capitanías” eran partes del territorio colonial atribuidas al comando y explotación de un capitán. Fueran las primeras divisiones del territorio que en la actualidad pertenece a Brasil y muchas de ellas originaran los Estados que existen hacia hoy en el país.

³³ TRIGUEIRO, O. *op. cit.*

³⁴ *Id.*

Con la independencia de Brasil de la antigua metrópoli portuguesa en el 1822, la primera constitución brasileña, del año de 1824, mantuvo la institución de cámaras municipales electivas y estableció la edición de una ley orgánica de carácter nacional para establecer el régimen jurídico de todos los municipios del país, que fue promulgada por la legislatura nacional en 1828. Es decir, bajo el imperio, una ley orgánica nacional regulaba a todos los municipios del país.

Con la proclamación de la república en 1889 y la adopción de la forma de Estado federal por la legislación revolucionaria de 1890 y por la Constitución de 1891, las veinte provincias entonces existentes se transformaron en Estados (artículo 1). La primera carta republicana brasileña también adoptó el sistema constitucional dual –sistema de dos niveles–, creando el resultante poder constituyente de los Estados, al prever la elaboración de constituciones por ellos en su artículo 63.

Respecto a los municipios, esta carta fue lacónica³⁵, debido a la influencia del paradigma americano, quedando la materia relegada a ser tratada por leyes orgánicas estaduais –y no más a una ley nacional–, que establecerían, en la inmensa mayoría de los estados brasileños, las bases del régimen jurídico municipal. Es decir, con el nacimiento del orden republicano y federal, la reglamentación jurídica de los municipios dejó el ámbito de competencia nacional, pasando al ámbito de competencia de los Estados, y las leyes orgánicas estaduais comenzaron a dictar la condición jurídica de los municipios, lo que ocurrió en 18 Estados de los 20 originales.

Sólo dos estados se alejaron de la tendencia predominante, a saber, los Estados meridionales del Rio Grande do Sul y de Santa Catarina, que adoptaron lo que Trigueiro³⁶ llama el sistema de cartas (“*charters system*”), según él inspirado en el régimen jurídico municipal adoptado por los estados norteamericanos de Missouri (1875), California (1879) y Washington (1889). El mencionado “sistema de cartas” de los Estados de extremo sur de Brasil no es más que lo que en Estados Unidos se llamó *Home rule*, es decir, un sistema inspirado en la *Doctrina Cooley* nacida en la Corte Suprema de Michigan, como se vio anteriormente, y que confiere centralidad al autogobierno local y la autonomía subestadual.

En esos dos Estados federados, aún en los inicios de la república y del federalismo brasileños, ocurrió una experiencia singular: en lugar de una “ley orgánica” nacional, como había ocurrido bajo la carta imperial de 1824, o de una “ley orgánica” estadual, como ocurrió en la abrumadora mayoría de los estados brasileños de nueva creación, en Rio Grande do Sul y Santa Catarina los municipios fueron autorizados a adoptar sus propias “cartas” municipales, luego llamadas leyes orgánicas por tradición³⁷.

³⁵ TRIGUEIRO, O. *op. cit.*

³⁶ *Id.*

³⁷ En otras palabras, parece que el nombre actual aún deriva del término acuñado en la época imperial, pero de una norma general nacional y, posteriormente, estatal, pasó a significar una norma legal local editada por la legislatura del municipio. En sí misma, expresión de su autonomía política. De esta manera la denominación parece estar vinculada más a una tradición multiseccular de que a una distinción técnico-jurídica entre “leyes orgánicas” y “constituciones”.

Se observa aquí que la terminología –ley orgánica– se remonta al imperio y se mantuvo en la antigua república, y que los dos estados federados antes mencionados adoptaron, en la práctica, algo que parece haberse inspirado en el *Home Rule* americano, ya que aquel sistema constitucional se sabe que constituyó el principal paradigma del Derecho Constitucional brasileño después de la proclamación de la república – tanto que Brasil se denominó Estados Unidos de Brasil de 1889 hasta 1967.

De 1934 a 1988, el Derecho Constitucional federal impulsó un inexorable proceso de normalización de las entidades subnacionales, incluidos las municipalidades, no sólo imponiendo una denominación uniforme a las entidades subnacionales, sino también estableciendo cada vez más normas de preordinación institucional³⁸, dejando un número cada vez menor de margen de autonomía efectiva de los municipios en términos de auto organización.

Además, este proceso fue paralelo a la creación y ampliación de hipótesis de intervención estatal en los municipios, la extensión a los municipios de prohibiciones constitucionales originalmente dirigidas a otras entidades de la federación, el condicionamiento de la creación de nuevos municipios al cumplimiento de diversos requisitos, la inclusión de los municipios en la distribución de competencias tributarias, entre otros³⁹.

Con la redemocratización, la Constitución de 1986-1988 innovó profundamente en la materia. El hecho más relevante para analizar el problema que aquí se examina es la inclusión de los municipios como entidades federativas junto a la Unión, los Estados y el Distrito Federal (Constitución de la República brasileña de 1988, art. 1, art. 25, art. 29 a 30, ADCT, art. 11 y § único), lo que no es típico del federalismo clásico⁴⁰, adoptando lo que la doctrina brasileña ha acordado llamar federalismo de “segundo grado”⁴¹, aunque sin explorar en mayor profundidad el significado y las consecuencias de la inclusión de municipios de la federación.

Este modelo neofederal se diferencia evidentemente de los modelos federales más clásicos que, en general, se entienden como una asociación de Estados, provincias, *Länder* o Cantones, es decir, de subdivisiones territoriales *primarias* del Estado, y no de municipios, comunas, ciudades o condados y otros⁴². No corresponde al federalismo clásico entenderse como un pacto federativo de divisiones territoriales

³⁸ ARAÚJO, M. L. C. de. *Jurisdição Constitucional e Federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

³⁹ TRIGUEIRO, O. *op. cit.*

⁴⁰ LEVINSON, S. *Framed: The America's Fifty-One's Constitutions and the Crisis of the Governance*. New York: Oxford, 2012.

⁴¹ ALMEIDA, F. D. M. de. “Atividade constituinte nos estados e nos municípios”. *Revista Jurídica “9 de Julho”*, n. 3, 2004, pp. 65-85

⁴² Aunque en ciertos Estados federo-regionales la constitución reconoce autonomía a los entes locales, como ocurre en la carta italiana de 1948 (artículos 1 y 114) y en la carta española del 1976 (artículo 137). Teniendo en cuenta la influencia de esos dos modelos constitucionales sobre el constituyente brasileño de 1986-1988, esta es otra posible fuente de inspiración para la inclusión de las municipalidades en el pacto federal brasileño.

secundarias o incluso terciarias y cuaternarias, según el tipo de organización territorial que se adopte, ni existe una correspondencia necesaria entre la forma de Estado federal y subnacional⁴³.

Parece que la carta política brasileña de 1988 estableció el neofederalismo al incluir colectividades territoriales subnacionales secundarias en la federación –en el sentido de ser subdivisiones políticas de las entidades territoriales primarias, los Estados– es decir, los municipios – y al establecer un marco legal para ellos muy cercano al de otras entidades subnacionales, como se verá con mayor detalle en el siguiente tema⁴⁴.

Además, al determinar que los municipios se regirán por leyes orgánicas aprobadas por sus propios órganos y conforme a un procedimiento legislativo agravado constitucionalmente establecido, en un plazo constitucionalmente determinado (art. 29 caput de la CRFB/88 y art. 11, párrafo único, de la ADCT), así como al establecer competencias propias a las municipalidades y asegurar su libre ejercicio (art. 30), al prohibir la intervención federal o estatal en el ámbito de los municipios (art. 35) y al brindar a los municipios garantías de integridad territorial similares a las de otras entidades federativas subnacionales (art. 18 § 4º), parece posible concluir que la Constitución de 1988 promovió la federalización del “régimen de carta” (que podría denominarse “*Brazilian home rule*”), tal vez por inspiración directa en los ya mencionados prototipos de Rio Grande do Sul y Santa Catarina⁴⁵.

Consecuentemente, parece plausible defender la concepción según la cual la actual República brasileña es un Estado federal compuesto por veintiséis subestados federados federales y un subestado unitario (dada la prohibición de subdivisión del

⁴³ TRIGUEIRO, O. *op. cit.* El autor observa que una federación puede estar compuesta por Estados miembros unitarios, sin que sea necesaria una correspondencia entre la organización territorial descentralizada adoptada a nivel federal con la organización territorial –centralizada o descentralizada– adoptada a nivel estadual. En realidad, una federación puede ser una federación de federaciones en casos como el de Brasil – en el que los municipios no sólo son subdivisiones territoriales de Estados, sino también en los que los Estados miembros pueden entenderse plausiblemente como federaciones de municipios o una federación de Estados-miembros que son estados unitarios. Y también puede caracterizarse como una federación de Estados federales y unitarios, como en Estados Unidos, en razón de la distinción entre *Home rule* e *Dillon’s Rule states*.

⁴⁴ Como señala Sanford Levinson, “‘federalism’ as a legal concept almost always involves states, *not* localities. So what one repeatedly sees is the concentration of power in *state* legislatures and governments to the severe detriment of major cities (and other areas) of the state. (...) *Federalism has nothing whatsoever to do with acceptance of the principle of ‘home rule,’* which is decidedly *not* a constitutionally recognized principle, even if some state constitutions do acknowledge the principle as a way of limiting the power of state governments over localities” (LEVINSON, 2012, pp. 198-8-199).

⁴⁵ TRIGUEIRO, O. *op. cit.* La investigación inicialmente realizada por los autores en los anales de la Asamblea Nacional Constituyente no fue decisiva, hasta el momento, respecto de la posible fuente de inspiración para otorgar este tipo de autonomía a los municipios. Hay que registrar que las constituciones del Estado del Rio Grande do Sul de 1891-1892, 1935, 1947, 1967 y 1970, todas, ininterrumpidamente, adoptaran en régimen de cartas municipales. Por eso, es muy probable que esta sea el origen del sistema federalizado en 1988 y que sea el caso más importante de difusión *bottom up* en el constitucionalismo multinivel brasileño.

Distrito Federal en municipios establecida por el artículo 32 de la CRFB/88). Es decir, desde esta perspectiva, cada uno de los veintiséis estados de la federación son federaciones de municipios, por determinación constitucional originaria (artículos 29 y 30). El Distrito Federal sería la única entidad territorial subnacional primaria que se caracterizaría como Estado unitario por expresa determinación constitucional, existiendo políticamente otros 5570 subestados unitarios locales –los municipios– ya que no están políticamente subdivididos⁴⁶.

Esta configuración resultante del neofederalismo de 1988 se traduce en una situación de pluralismo constitucional⁴⁷ en la que convive una superconstitución⁴⁸ y veintiséis o veintisiete subconstituciones primarias, consistentes con las constituciones estaduais y la Ley Orgánica del Distrito Federal. Además, si se reconoce el carácter constitucional de las leyes orgánicas municipales, existen en Brasil 5570 constituciones o cartas municipales, quedando estas últimas subordinadas a los principios de las dos primeras (art. 29 caput de la CF/88)⁴⁹.

Es importante resaltar que la exactitud de esta conclusión podría mostrar que el neofederalismo brasileño no sólo se basa en un sistema constitucional de dos niveles⁵⁰, sino que, en realidad, significaría la existencia de un triple sistema constitucional, o sea, un sistema constitucional, con tres órdenes constitucionales – federal, estadual/distrital y municipal–, distinto de la mayoría de las experiencias federales y federales-regionales, y parecido al menos parcialmente a otras experiencias neofederales como la Argentina y más recientemente la mexicana.

⁴⁶ No es apropiado confundir la autonomía política con la mera desconcentración administrativa, que puede traducirse en varias subdivisiones más pequeñas para diversos fines.

⁴⁷ SGARBOSSA, L. F. “Estado federal e pluralismo constitucional: Direito Constitucional estadual e experimentalismo democrático.” In: BOLONHA, C.; LIZIERO, L.; SEPÚLVEDA, A. (orgs.). *Federalismo: desafios contemporâneos*. Porto Alegre: Editora Fi, 2019, pp. 53-72.

⁴⁸ GINSBURG, T.; POSNER, E. A. “Subconstitutionalism.” *Stanford Law Review*, v. 62, n. 6, 2010, pp. 1583-1628. La Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988 ya no es unitextual, sino que también está integrada por las normas derivadas del § 3 de su art. 5.º, que tienen carácter constitucional, a saber, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo de 2007 (Decreto legislativo n° 186/2008 y Decreto n° 6969/2009), el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las publicaciones Obras para Personas Ciegas, con Discapacidad Visual o con Otras Dificultades para Acceder al Texto Impreso de 2013 (Decreto Legislativo N° 261/2015 y Decreto N° 8522/2018) y, más recientemente, la Convención Interamericana contra el Racismo, las Razas Discriminación y Formas Conexas de Intolerancia de 2013 (Decreto Legislativo n° 01/2021 y Decreto n° 10.932/2022).

⁴⁹ En Argentina, luego de la reforma constitucional de 1994 a la Constitución de 1853, que entre otras cosas dotó a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de una Constitución propia, independiente de la carta constitucional de la provincia homónima, parte de la doctrina pasó a sustentar la existencia de una potestad constituyente de tercer grado (CABA) e incluso de cuarto grado (municipios) HERNÁNDEZ, A. M. *op. cit.* Evidentemente, esta concepción puede ser objeto de críticas por parte de autores que la consideran de tendencia panconstitucionalista.

⁵⁰ GINSBURG, T.; POSNER, E. A. *op. cit.*

Pese a todo, una conclusión más sólida sobre la plausibilidad de tal comprensión del peculiar arreglo federativo brasileño requiere un examen comparativo entre el régimen jurídico establecido por la constituyente para las entidades subnacionales secundarias –municipios– y las entidades subnacionales primarias – Estados y el Distrito Federal, lo que se hará en el siguiente tema. Su análisis crítico se hará al final de este estudio.

V. ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE EL MUNICIPIO Y OTRAS ENTIDADES TERRITORIALES AUTÓNOMAS DE BRASIL

Una comparación entre el régimen jurídico de las entidades subnacionales primarias y secundarias en el país puede resultar esclarecedora sobre el carácter constitucional de las leyes orgánicas municipales. El itinerario de este tema se inicia con el análisis de las leyes básicas de las entidades federativas a la luz de los conceptos doctrinales de constitución. Luego se desarrolla a través del análisis comparativo de otros aspectos relacionados con la organización de las entidades subnacionales y sus competencias y autonomía.

Inicialmente, es necesario analizar si las constituciones subnacionales brasileñas, incluidas las constituciones estatales y la Ley Orgánica del Distrito Federal, se ajustan al concepto de constitución predominante en la doctrina actual y luego realizar el mismo análisis con respecto a las leyes orgánicas de los municipios.

Como es sabido, históricamente los conceptos material y formal de constitución rivalizan.⁵¹ A través del análisis de las constituciones subnacionales y de las leyes orgánicas brasileñas, será posible verificar si, por el contenido y los procedimientos de creación y/o reforma establecidos por la constituyente federal original, esas normas son susceptibles de ser subsumidas en uno de los dos conceptos o a ambos.

En efecto, el análisis comparado de los contenidos de las constituciones estatales y las leyes orgánicas del Distrito Federal y de los municipios revela que todas estas normas organizan la entidad estatal que rigen, disciplinan sus órganos y atribuciones, las relaciones entre ellos, así como, en su mayor parte, tienen principios y, a menudo, normas que establecen derechos públicos subjetivos. En otras palabras, el análisis comparativo del contenido material que contienen las normas subnacionales antes mencionadas revela que se trata de normas que organizan el subestado y limitan su poder, a través de diversas técnicas, como la separación de poderes y el establecimiento de derechos subjetivos, por lo que podemos considerarlas como constituciones en sentido material⁵².

⁵¹ CANOTILHO, J. J. G. *op. cit.*

⁵² SANTOS, A. L.; SOUZA, C. V. de, *op. cit.* El análisis comparativo de las 26 Constituciones estatales y la LODF muestra que dichas subconstituciones imitan en gran medida la Constitución Federal, reproduciendo en mayor o menor medida la estructura y contenidos de la primera, con las necesarias adaptaciones e un número mayor o menor de innovaciones. Un análisis similar de las Leyes Orgánicas Municipales, realizado mediante muestreo de las 26 capitales, muestra algo similar en cuanto a su contenido, dentro de ciertos límites.

Resta, por tanto, analizar si siguen caracterizándose, también, como constituciones en sentido formal, examinando su posición jerárquica en el orden así como los requisitos formales para su creación y/o reforma, que aquí se toman como equivalentes a la vista del principio de paralelismo de las formas jurídicas.

En cuanto al aspecto de la posición jerárquica que asumen las normas analizadas en el orden constitucional brasileño, parece necesario reconocer que tanto las constituciones estatales como las leyes orgánicas del Distrito Federal y de los municipios parecen constituir las normas máximas dentro del orden jurídico parcial que establecen, pero no como normas supremas. Todas las normas básicas a que se refiere son las normas superiores del ordenamiento jurídico parcial –estadual, distrital o municipal–, estando por encima de todas las demás especies normativas de dicho sistema, pero no son normas supremas, ya que están subordinadas a la carta federal por lo menos en lo que respecta a sus principios (artículos 25, 29 y 32 CRFB/88).

Este hallazgo parece llevar a una de dos situaciones posibles: al adoptar un concepto estricto de constitución como norma marcada por el rasgo de supremacía, ninguna de estas normas fundacionales subnacionales podría considerarse constitución. Por otro lado, adoptando un concepto de constitución menos restrictivo, reemplazando el criterio de supremacía por el de supralegalidad, se podría considerar que todas son normas constitucionales, pues todas las constituciones estatales y leyes orgánicas –distritales y municipales– son supralegales en los subsistemas que crean y integran.

Cabe señalar que en materia de constituciones estatales, a pesar de estar sujetos a los principios de la Constitución Federal, tal subordinación no fue considerada ni por el constituyente ni por la doctrina y la jurisprudencia como suficiente para invalidar su carácter constitucional. Este hallazgo parece socavar la tesis de la doble subordinación anteriormente mencionada, ya que no existe ninguna razón lo suficientemente sólida para crear la distinción entre subordinación a uno o dos órdenes constitucionales superiores, especialmente si se restringe a principios, de modo que la solución razonable parece ser extender la comprensión del carácter constitucional de las leyes municipales fundamentales que negarla a las constituciones estatales y a la LODF.

Examinado el aspecto relativo a la posición jerárquica, es necesario investigar también la exigencia formal de relativa inmodificabilidad o rigidez, y, nuevamente, el examen de los procedimientos de creación y/o modificación muestra que tanto las constituciones estatales como las leyes orgánicas del DF y de los municipios están sujetas a procedimientos legislativos especiales y agravados según la legislación constitucional brasileña⁵³.

⁵³ Si bien ambos arts. 29, *caput*, en cuanto al art. 32, *caput*, literalmente establecen sólo los requisitos formales para la creación de leyes orgánicas municipales y distritales, en virtud del principio de paralelismo de formas terminan por preestablecer los requisitos mínimos de modificación, ya que por regla general un acto jurídico sólo puede ser modificado o revocado por los mismos requisitos formales exigidos para su creación.

La Constitución Federal brasileña requiere la aprobación por mayoría calificada de tres quintos de los votos en dos vueltas de votación en cada cámara del Congreso para su modificación y además sujeta el ejercicio del poder de reforma constitucional a diversos límites materiales y circunstanciales. (CF/ art. 60 y §§), tales como iniciativa restringida y otros.

A pesar de la ausencia de criterios formales preestablecidos por la constituyente federal original para la creación y/o modificación de las cartas estaduais (art. 25 de la CRFB/88), el examen comparativo de las veintiséis constituciones estaduais creadas desde 1989 (ADCT, art. 11) revela que estas cartas tienden, en su totalidad, a imitar –aunque con inevitables adaptaciones– el mismo procedimiento federal que se acaba de describir, sometiendo así las enmiendas estatales a la aprobación por una mayoría cualificada de tres quintos de los votos de los diputados de la Asamblea Legislativa en dos vueltas de votación, con numerosos límites circunstanciales y algunos límites materiales subnacionales⁵⁴.

En particular, un examen de las normas fundacionales de otras entidades territoriales subnacionales brasileñas muestra que las leyes orgánicas municipales y la distrital tienen un procedimiento legislativo especial constitucionalmente prescrito, ya que la carta federal establece de manera expresa, en ambos casos, dos vueltas de votación en el órgano legislativo competente –consejo municipal o Cámara Legislativa del Distrito Federal, respectivamente– con un intervalo de 10 días entre cada votación y con aprobación de la propuesta por mayoría calificada de dos tercios de los votos (CF/88 art. 29 caput y art. 32 capitaneos)⁵⁵. Cabe señalar que el procedimiento establecido por norma constitucional federal original es idéntico para todas las leyes orgánicas, municipales y distrital – es decir, que en particular la constituyente no estableció ninguna distinción entre el Distrito Federal y los municipios⁵⁶.

⁵⁴ Sobre el tema, ver SGARBOSSA y SILVA (2020) El modelo de enmienda federal, obligatorio para los Estados según la jurisprudencia de la suprema corte de Brasil, necesita ser adaptado ante la unicameralidad subnacional obligatoria establecida por la propia constitución federal. (art. 27 CF/ 88). Los intentos de innovación en materia de modificación de las constituciones estaduais tienden a ser anulados por inconstitucionalidad por parte del STF, como hizo con el aumento del quórum de 3/5 a 4/5 por un enmiendamiento hecho a la Constitución del Estado de Espírito Santo en el año de 1998, declarado inconstitucional por el STF en 1997 (ADI 486-7. Para un amplio estudio sobre el principio de simetría en la jurisprudencia de ese tribunal, ver ARAÚJO (2009).

⁵⁵ Cabe observar que 2/3 es la mayoría más grande existente en la carta federal brasileña, superior incluso a la de las enmiendas constitucionales federales, que es de 3/5.

⁵⁶ SANTOS, A. L.; SOUZA, C. V. de, *op. cit.* Como refuerzo necesario de la rigidez y la supremacía, estas normas también van acompañadas de mecanismos político-judiciales de control de constitucionalidad, como se verá más adelante. Tratándose de normas constitucionales federales, estaduais y del Distrito Federal, el control judicial difuso y abstracto de constitucionalidad y otros mecanismos de carácter político y de competencia del Congreso Nacional, del Senado, o incluso de las Asambleas Legislativas y de la Cámara Legislativa distrital. En el caso de las leyes orgánicas municipales, en cambio, los mecanismos judiciales que actualmente se entienden como un mero control de legalidad, se llevan a cabo de manera difusa y sólo en lo concreto, por tanto, y, también, los controles políticos ejercidos notablemente por las cámaras municipales, como se verá. mejor en el punto final de este artículo.

Los resultados del análisis brevemente resumido muestran que también desde un punto de vista formal parecen cumplirse los requisitos para que todas las normas antes mencionadas, incluidas las leyes orgánicas municipales, sean consideradas normas constitucionales, ya que tienen los atributos clásicos de supralegalidad e inmodificabilidad relativa⁵⁷, enfatizando que si se considera que la sujeción a otra norma impide tal caracterización, habría que revisar tanto la doctrina como la jurisprudencia que reconocen el carácter constitucional de las cartas estaduais – ya que éstas están sujetas a los principios de la Constitución Federal por disposición expresa de esta – artículo 25–, no siendo supremas en sentido estricto, sino sólo en el ordenamiento parcial que originan.

Antes de concluir este tema, cabe hacer algunas observaciones finales sobre las similitudes y diferencias en el régimen jurídico de las distintas entidades subnacionales locales brasileñas de primer nivel (Estados y DF) y de segundo nivel (municipios). En cuanto a la organización municipal, se señala que las entidades federadas de segundo grado en Brasil gozan, mediante disposiciones establecidas por la propia carta federal, de autonomía política, administrativa, financiera y tributaria (artículos 29, 30, 37, 39, 144 § 8, 145, 156, 158, 159 de la CRFB/88), a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas político-jurídicos, como el americano, en el que, como visto, pertenecen a estos últimos todas las competencias no atribuidas a la Unión ni prohibidas a los Estados⁵⁸.

De todos los aspectos mencionados, cabe recalcar que los municipios brasileños gozan de poderes legislativos y materiales (político-administrativos) propios, igualmente establecidos por la propia constitución federal (artículo 30), lo que los distingue de varias entidades similares responsables del gobierno local en EE.UU. y Europa⁵⁹.

La organización municipal está determinada básicamente por normas constitucionales federales de preordinación institucional que forman parte del derecho municipal⁶⁰, mostrando rasgos de similitud y diferencia con otras entidades territoriales. Así, a diferencia de lo que ocurre con la Unión y los Estados, los municipios no adoptan una

⁵⁷ DANTAS, I. *Constituição & Processo: Direito Processual Constitucional*. 3 ed. rev. e atual. Curitiba: Editora Juruá, 2016.

⁵⁸ En otras palabras, se trata de dos modelos muy diferentes de distribución de poderes entre las entidades federativas, los que se encuentran en la Constitución de Filadelfia y la actual Constitución brasileña. El primero enumera los poderes federales y reserva todos los demás a los Estados mientras que el segundo, de manera diferente, enumera los poderes federales y municipales y reserva los restantes para los Estados. Este es uno de los elementos que hace inadmisibles entre nosotros adoptar algo como la Doctrina Dillon adoptada por la Corte Suprema norteamericana.

⁵⁹ En Estados Unidos se entiende, como visto antes, que los poderes de los municipios y condados son delegados por el legislador estatal. En Europa hay arreglos en los que los municipios ni siquiera tienen poderes legislativos, como ocurre en Italia, por ejemplo, en los que los poderes legislativos recaen únicamente en las legislaturas nacional y regional, pero no en las provinciales o comunales, excepción hecha a las provincias de Trento y Bolzano en Trentino Alto-Ádige.

⁶⁰ PIRES, T. M. *Curso de Direito Constitucional Estadual e Distrital: a organização dos Estados e do Distrito Federal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

tripartición de poderes, sino una *bipartición de poderes*, integrada sólo por los poderes legislativo y ejecutivo, pero no poder judicial propio (CRF/88 artículo 29, I y IV)⁶¹.

Aún dentro del ámbito de la organización de poderes, el legislativo municipal, ejercido por las cámaras municipales, es unicameral (art. 29, IV), en situación simétrica en relación con la organización de ese poder en el ámbito de los Estados y distrital (arts. 27 y 32) y relación asimétrica con el legislativo federal, que es bicameral. Aquí una vez más hay una similitud relevante en el tratamiento constitucional de los estados y municipios, ya que el constituyente federal original impuso un órgano legislativo unicameral a todas las entidades subnacionales, sin distinción particular entre entidades primarias y secundarias.

Finalmente, se recuerda que el principio de integridad territorial, en la versión adoptada por la CRFB/88 para los Estados y el DF, se aplica, con mínimas diferencias, a los municipios, siendo el régimen jurídico de ambos sumamente similar como se desprende de la Análisis comparativo de los §§ 3 y 4 del art. 18, como ya se ha examinado anteriormente, y lo mismo puede decirse de la intervención estatal, ya que los arts. 34 y 35 del CRFB/88 tratan a las entidades subnacionales primarias y secundarias de manera muy similar⁶².

Todos los aspectos brevemente examinados aquí muestran que si bien existen diferencias en organización, competencias y garantías de autonomía, parecen resaltar similitudes, con el régimen jurídico-constitucional de los Estados y el DF, por un lado, y de los municipios, por el otro. Para un examen preciso de la cuestión, parece conveniente internar la aplicación de una teoría del federalismo muy actual que puede resultar reveladora, lo que se hará en el siguiente tema.

VI. ANÁLISIS DEL CONTROVERTIDO CONSTITUCIONALISMO MUNICIPAL BRASILEÑO A PARTIR DE LA TEORÍA DINÁMICA DEL FEDERALISMO DE POPELIER

Una comprensión adecuada del grado efectivo de autonomía otorgado a entidades subnacionales de diferentes niveles en la federación brasileña parece esencial para corroborar o refutar la hipótesis que considera posible reconocer la existencia de un Derecho Constitucional municipal en Brasil. Por esta razón, en este tema se expondrán los subsidios que ofrece una innovadora teoría del federalismo, formulada con miras a indicar el alcance del espacio reservado a las entidades subnacionales en los Estados federales y federo-regionales, a saber, la llamada Teoría Dinámica del Federalismo (*Dynamic Theory of Federalism*), formulada por Patricia Popelier.

⁶¹ En este aspecto, el Distrito Federal presenta una situación peculiar, pues si bien formalmente cuenta con su propio poder judicial, cuyo máximo órgano es el Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios, éste es organizado y mantenido por la Unión (art. 21, XIII de la CF/88), y regido por la Ley Federal núm. 11.697 del 13/06/2008. Existe una similitud significativa entre el régimen jurídico-constitucional de los municipios y el Distrito Federal.

⁶² SANTOS, A. L.; SOUZA, C. V. de, *op. cit.*

A partir de una crítica fundada a las concepciones tradicionales sobre el federalismo, en las que ciertas características tradicionalmente asociadas a él se conciben como rasgos definitorios, Patrícia Popelier⁶³ propone una nueva comprensión que permite una visión más adecuada del federalismo en la época contemporánea. Esta teoría comienza a examinar las características federativas de un Estado ya no basándose en tales definiciones preestablecidas, sino que, por el contrario, las trata como simples indicadores que permitirían medir el grado de autonomía de las entidades subnacionales.

Partiendo de la premisa de que el federalismo comprende las dimensiones de autonomía y cohesión, la autora construye índices de medición para ambas, a partir de los cuales es posible distinguir grados que permiten diferenciar un subconstitucionalismo débil o fuerte, considerando tanto la autonomía material y procedimental de las entidades subnacionales (*autonomy*) como en términos del grado de uniformidad u homogeneidad (*homogeneity*) exigidos en un sistema constitucional determinado.

En la Teoría Dinámica del Federalismo, las constituciones nacionales se conciben como normas que contienen materialmente elementos de identidad, organización del poder público, derechos fundamentales, estructuras representativas, principios políticos y que, formalmente, tienen un carácter supralegal y rígido. Las subconstituciones o constituciones subnacionales, a su vez, si bien pueden incluir elementos similares, tienden a ser limitadas en todos o algunos de estos componentes⁶⁴.

La teoría de la Profesora belga se basa en dos indicadores de autonomía subnacional –uno de carácter material y otro de carácter procesal– y un indicador de cohesión de carácter mixto. El índice de autonomía material incluye seis puntuaciones –de 0 a 5–, que aumentan a medida que aumenta la autonomía. El índice de autonomía procesal incluye cinco puntajes –de 0 a 4– que también aumenta a medida que aumenta la autonomía de la entidad subnacional. Finalmente, el índice de cohesión incluye seis puntuaciones –de 0 a 6– que aumentan a medida que aumentan las demandas de homogeneidad⁶⁵ y

⁶³ POPELIER, P. *op. cit.*

⁶⁴ POPELIER, P. *op. cit.* Según el autor, las constituciones subnacionales pueden entenderse como documentos fundamentales de entidades subnacionales que establecen normas básicas protegidas sobre identidad subnacional, estructuras representativas, organización de poderes, derechos fundamentales y/o principios políticos y requieren aprobación popular o aprobación de representantes de los poderes subnacionales. Tanto las cartas estatales como las leyes orgánicas em Brasil poseen estos rasgos.

⁶⁵ En cuanto al índice de autonomía material, los puntajes más bajos se reservan para situaciones de ausencia total de autonomía subnacional (puntuación 0) y de capacidad de la entidad subnacional para desarrollar arreglos no sustanciales en alguna de las cinco dimensiones mencionadas (puntuación 1), mientras que los más altos contemplan situaciones en las que la entidad subnacional demuestra ser capaz de elaborar acuerdos sustanciales en las cinco dimensiones (puntuación 5). El índice de autonomía procesal, a su vez, oscila entre puntuaciones bajas reservadas para situaciones como aquellas en las que la entidad subnacional no puede adoptar su propia constitución (0) o tiene la posibilidad de hacerlo bajo el poder de veto discrecional del poder central (1) incluso situaciones en las que dicha entidad es capaz de adoptar su propia constitución sin interferencia central y de acuerdo con sus propios procedimientos (puntuación 5). El índice de cohesión, a su vez, abarca desde situaciones en las que ni siquiera existe una cláusula de homogeneidad o

sus mecanismos de control⁶⁶.

Sin profundizar más en la exposición de la teoría elaborada por Popelier, para nuestros propósitos corresponde aplicar a los municipios brasileños sus criterios de medición de la autonomía con base en el régimen establecido en la Constitución Federal de 1988, de modo que se puede aclarar mejor el grado de autonomía de dichas entidades subnacionales y la naturaleza constitucional o meramente jurídica de sus leyes orgánicas.

La aplicación de los indicadores desarrollados por Popelier a las leyes orgánicas municipales en Brasil demuestra que, en cuanto a la autonomía municipal en términos de contenido material, la puntuación de esas normas es 4, lo que hace plausible considerar que el municipio brasileño es capaz de desarrollar acuerdos sustanciales en algo o no sustancial en las 5 dimensiones mencionadas⁶⁷. Esta puntuación parece ser la misma que la obtenida por las constituciones estatales y la LODF.

Esta conclusión surge del hecho de que si bien existen varias normas de preordinación constitucional en cuanto a la conformación de la entidad municipal, todavía parecen tener un margen considerable de libertad de conformación en algunas materias, como las de interés local, o una pequeña margen de libertad de conformación en los demás, como organización de sus poderes.

En cuanto a la aplicación del indicador de autonomía procesal a las LOM brasileñas, la puntuación es 3, ya que la entidad subnacional municipal parece capaz de adoptar su propia norma básica sin interferencia central pero de acuerdo con procedimientos determinados centralmente⁶⁸.

Esta conclusión se desprende especialmente del contenido del art. 29 de la Constitución Federal, que establece criterios mínimos para la elaboración de las cartas municipales y, en consecuencia, para su modificación, en particular la exigencia de dos vueltas de votación, un intervalo mínimo de diez días entre ellas y la aprobación

uniformidad (puntuación 0) hasta situaciones en las que existe un control central automático *ex ante* de la uniformidad u homogeneidad (puntuación 5), pasando por situaciones intermedias, como la existencia de control central provocado o *ex post* (puntuaciones 2 o 3). Para más detalles, POPELIER, P. *op. cit.*

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ Los indicadores de la Teoría Dinámica del Federalismo de Popelier se aplicaron a las Leyes Orgánicas Municipales utilizando un criterio de muestreo, seleccionándose las LOM de las veintiséis capitales como representativas del contenido promedio de aquellas normas básicas de las entidades subnacionales locales.

⁶⁸ Este constituye uno de los pocos puntos de diferencia entre la autonomía procesal de los Estados y los municipios, ya que el art. 25 de la CRFB/88 no contiene procedimientos preestablecidos, por lo que en principio la autonomía estatal en este aspecto recibiría una puntuación de 4 (máximo). Cabe preguntarse, por otra parte, hasta qué punto la jurisprudencia del STF que recomienda una simetría estricta en el proceso de modificación de las constituciones subnacionales en relación con la modificación de la carta federal podría afectar esa conclusión preliminar, uniendo en la práctica a los estados y municipios en este aspecto también.

por mayoría cualificada de dos tercios de los miembros del legislativo municipal, así como su promulgación por el mismo⁶⁹.

Finalmente, aplicando el indicador de uniformidad o cohesión a las LOM se obtiene una puntuación de 2 en este aspecto⁷⁰, ya que dichas normas están sujetas al cumplimiento de una cláusula de homogeneidad o uniformidad y ésta puede ser controlada *ex post* por una autoridad central, previa provocación y/o en hipótesis específicas. Este es el mismo puntaje, en particular, para los Estados y el DF.

Esta conclusión se desprende del hecho de que el mismo art. 29 que preestablece criterios formales para el ejercicio de la autonomía municipal para establecer su propia ley orgánica establece, *in fine*, una cláusula genérica de homogeneidad, al sujetar la LOM a la observancia de los principios de las constituciones federal y estatal, sin especificarlos. También resulta de la existencia en nuestro sistema de algunos tipos de control de cumplimiento, en particular controles de constitucionalidad difusos y abstractos, e instituciones como la intervención federal y estadual, pero todos ellos provocados *ex post* o aplicables sólo en hipótesis específicas exhaustivamente listadas⁷¹.

Un hallazgo relevante a destacar es que el grado de autonomía municipal en el actual sistema constitucional brasileño no difiere sustancialmente del que ostentan otras entidades federativas, es decir, los Estados y el Distrito Federal, aunque se acerca más a el último⁷².

⁶⁹ Elementos como la prohibición de adoptar la propia ley fundamental (puntuación 0), o la capacidad de hacerlo bajo un veto central discrecional (puntuación 1) o condición suspensiva del análisis por parte de un organismo central (puntuación 2) no están presentes aquí.

⁷⁰ Recuerde que en este indicador, a la inversa de los dos anteriores, cuanto menor es la puntuación, menores son los requisitos de uniformidad, oscilando la puntuación de 0 a 5.

⁷¹ En el sistema jurídico brasileño la legislación municipal está sujeta al control de constitucionalidad por la vía difusa, por regla general, y excepcionalmente por la vía concentrada, ya sea ante el Tribunal de Justicia –art. 25 c/c art. 125 § 2 de la CF/88– ya sea ante el propio STF vía una específica acción directa – art. 102 § 1 de la CF/88 c/c art. § 1º, I, de la Ley núm. 9.882/99, dependiendo por tanto de la provocación. Las hipótesis de intervención estadual –como regla– y de intervención federal –como excepción– pueden eventualmente ser consideradas como controles *ex post* de las cláusulas de uniformidad u homogeneidad en las LOM, limitándose estas últimas, evidentemente, a la hipótesis actualmente inexistente de un municipio ubicado en territorio federal – arts. 34 a 36 del CF/88). En el caso de intervención como garantía de homogeneidad, sólo se aplica a hipótesis específicas, previstas en la carta federal o estatal. No existe control del cumplimiento de la cláusula de uniformidad u homogeneidad por parte de la autoridad central *ex ante* provocado o en hipótesis concretas (puntuación 3), ni control central automático *ex post* (puntuación 4) o *ex ante* (puntuación 5).

⁷² Una de las diferencias notables ya mencionadas es la ausencia de predeterminación por parte del constituyente federal de los procedimientos formales para la adopción de las constituciones estatales en el art. 25, a diferencia de lo que ocurre con los municipios y el Distrito Federal en los artículos 29 y 32 respectivamente, que otorga a los primeros un puntaje mayor sólo en el indicador que mide la autonomía procesal.

El análisis comparativo revela que se puede considerar que los estados obtienen un puntaje de autonomía material igual a 4, un puntaje de autonomía procesal igual a 4 y un puntaje de homogeneidad igual a 2. En cuanto al Distrito Federal, el puntaje de autonomía material es 4, el puntaje de autonomía es procesal es 3 y homogeneidad es 2. Como se puede observar, el análisis muestra que las entidades federativas locales se encuentran en una situación sumamente similar a la de los Estados (coincidiendo en los indicadores de autonomía material y homogeneidad y difiriendo levemente en el de autonomía formal). e idéntico al del DF, lo que, a su vez, parece indicar que la inclusión de los municipios en la federación –arts. 1º, 18 y otros de la Constitución Federal– resulta operativa, y no meramente simbólica, dada la similitud de la situación jurídico-constitucional de todas las entidades subnacionales.

Las numerosas normas de preordinación institucional y la muy detallada regulación de la organización municipal por parte del constituyente federal en normas constitucionales como las establecidas en el art. 29 I a XIV, en el art. 29-A, I a VI y §§ 1 a 3, en el art. 30, I a IX, así como en el art. 31, todos de la Constitución Federal vigente, podrían poner en duda la exactitud de tal conclusión.

Cabe señalar, sin embargo, que para otras entidades federativas subnacionales se estableció un grado similar de normas de preordinación institucional, como la contenida en los artículos 25 a 28 y 32 de la carta federal, por lo que tampoco en este aspecto el régimen jurídico de los municipios parece ser sustancialmente diferente a la de los estados y al DF. También cabe señalar que un examen de las constituciones estatales revela que los constituyentes de los estados fueron más comedidos a la hora de pronunciarse sobre los municipios en comparación con lo constituyente federal, probablemente debido a la garantía federal de autonomía a los municipios.

La conclusión de este tema corrobora la impresión inicial de que la distinción que aún se mantiene entre las constituciones estatales y LODF, por un lado, y las LOM, por otro, en cuanto a su naturaleza constitucional o apenas legal, parece basarse en gran medida más en criterios aspectos nominales que en aspectos relevantes relacionados con la autonomía y la cohesión, apartándose de las concepciones más modernas en materia de federalismo.

Antes de cerrar este tema es necesaria una pertinente observación concluyente. Cabe señalar que la literatura más contemporánea considera que incluso los estados unitarios descentralizados –como los estados regionales o autónomos, especialmente los integrales– pueden tener un grado de autonomía que permita considerar que los estatutos de autonomía de las regiones o comunidades autónomas tienen carácter constitucional, aunque están sujetos a la aprobación de las autoridades centrales, como en el caso de Italia y España.

Así, si la literatura más actualizada en campos como el Derecho y la Ciencia Política tiende a reconocer el carácter constitucional de tales normas, a pesar del nombre adoptado por la Constitución – Estado unitario y estatutos de autonomía. Por lo tanto, seguir insistiendo en criterios nominalistas para mantener una distinción artificial entre leyes orgánicas municipales y normas muy similares de otras entidades federativas puede constituir orientación equivocada.

Examinado el tema que es objeto del presente estudio a partir de las concepciones y tendencias más recientes en el estudio del federalismo e de los regímenes pluralistas en general, es necesario, de manera concluyente, hacer algunas reflexiones sobre las características y posibilidades de un control de la constitucionalidad municipal, si avanzar, en el futuro, hacia una renovada comprensión doctrinal y jurisprudencial sobre la materia.

VII. MUNICIPIO Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: POSIBILIDADES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD MUNICIPAL

Después de todos los aspectos ya explorados, sólo resta hacer algunas reflexiones sobre las posibilidades de control de constitucionalidad en el ámbito municipal, considerando la peculiar situación de esa entidad federativa en el neofederalismo brasileño, en particular la falta de competencia expresa para legislar sobre proceso y procedimiento (art. 22, I y 24, XI, de la CRFB/88) y la inexistencia de poder judicial propio (arts. 29 I y IV de la CRFB/88).

El sistema jurídico brasileño adopta un complejo sistema de control de constitucionalidad, en parte paralelo –control difuso y a través de acciones directas simultáneos– y mixto – predominantemente judicial, pero con elementos recesivos de control político⁷³.

En este sistema complicado marcado por la eclecticidad, hibridación o sincretismo, los actos normativos municipales siempre han estado sujetos a peculiaridades en cuanto al control de su legitimidad constitucional, ya sea frente a la carta federal o estadual. Así, su control de constitucionalidad a la luz de la carta federal se realizó en principio sólo por una vía difusa y concreta (artículos 97 y 52, X de la CRFB/88), hasta la aparición de la Ley Federal n° 9882/98 que, al reglamentar la “impugnación de incumplimiento de precepto fundamental” (en portugués, “*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*”), creó la posibilidad excepcional de un control abstracto del derecho municipal por parte de la suprema corte e con parámetro en la carta federal (artículo 1, párrafo único, I).

El derecho municipal también está tradicionalmente sujeto al control de constitucionalidad frente a las constituciones estaduais, ya sea a través de medios difusos y concretos, o mediante acciones estaduais directas (“representaciones de inconstitucionalidad”) de competencia de los Tribunales de Justicia (artículos 25 y

⁷³ Los autores del presente estudio no suscriben la comprensión que vislumbra el control político en los ejemplos doctrinales tradicionales –veto ejecutivo y actividad de los comités constitucionales legislativos–, especialmente debido a la naturaleza no terminativa de ambos. Sin embargo, las instituciones de la resolución suspensiva del Senado Federal –art. 52 X de la CF/88– y la casación de actos exorbitantes de facultad reglamentaria o de delegación legislativa al ejecutivo –art. 49, V de CF/88– parecen corresponder específicamente a elementos políticos de control de constitucionalidad, en el primer caso vinculados al control judicial, en el segundo caso llevado a cabo de forma autónoma por el legislador, aunque raramente utilizados, por varias razones que exceden el alcance de este estudio.

125 § 2 de la CRFB/88), además de estar sujeta a control a través del instituto de “intervención estadual” (artículo 35, I a IV de la CRFB/88) y, excepcionalmente, a la intervención federal, si se encuentra en territorio federal (artículo 35, *caput*, de la CRFB/88), hipótesis que actualmente no existe, pero que puede existir en el futuro.

Cabe señalar también que si bien la jurisprudencia de la suprema corte brasileña considera inconstitucional la práctica adoptada por algunos constituyentes estaduais de crear una hipótesis residual de control abstracto por parte de los Tribunales de Justicia en casos de afrenta a la Constitución Federal por parte del derecho interno⁷⁴, existe una hipótesis residual respecto de las normas constitucionales federales de repetición obligatoria, incluso en el silencio del constituyente estatal, o, incluso, en la ocurrencia de una norma constitucional estatal que tiene referencia cruzada a la carta federal⁷⁵.

Finalmente, cualquier conflicto entre el derecho municipal ordinario y la LOM, considerado una cuestión de legalidad y no de constitucionalidad por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria⁷⁶, se resuelve en el derecho brasileño tradicionalmente a través de mecanismos normales de control de legalidad, por la justicia estatal común, por regla general, de forma difusa y concreta, debido a la adopción del sistema unitario de control judicial de la legalidad⁷⁷ o del modelo angloamericano por parte del ordenamiento jurídico nacional.

Dada la situación que se acaba de describir, queda por preguntarse si, en la hipótesis de una futura evolución doctrinal y jurisprudencial hacia la admisión del carácter constitucional de las LOMs en el derecho brasileño, las peculiaridades institucionales del municipio –en particular la ausencia de un poder judicial propio y la falta de competencia para legislar sobre el proceso e incluso sobre el procedimiento– constituiría un obstáculo insuperable para la creación de mecanismos apropiados de control de constitucionalidad.

En primer lugar, cabe señalar que la falta de competencia expresa para legislar sobre el proceso –ésta es exclusiva de la Unión en los términos del art. 22, I de la CRFB/88– e incluso en materia de procedimiento –esta competencia es compartida por Unión,

⁷⁴ Respecto a la inconstitucionalidad de la creación de una peculiar hipótesis de control abstracto del derecho interno en violación de la CRFB/88 en el ámbito de la competencia de los Tribunales de Justicia estatales, consultar las siguientes decisiones dictaminadas por el STF en las siguientes acciones directas de inconstitucionalidad: ADI 409/RS (2002), ADI 347-0/ SP (2006), ADI 508-9/MG (2014). Sobre el tema, SGARBOSSA, L. F.; IENSUE, G. “Normas constitucionais inconstitucionais na Federação brasileira: limites do controle abstrato estadual de constitucionalidade de acordo com a jurisprudência do STF.” *In*: CAZZARO, K. *Reflexões Teóricas sobre Direito Material e Processual*. Blumenau: Legere/Nova Letra, 2014, pp. 375-406.

⁷⁵ Sobre el tema, consúltense las recientes sentencias dictaminadas por el STF en la ADI 5646/SE (2019) y en la ADI 5647/AP (2021), ambas presentadas por la Fiscalía General Federal con base en el estudio de autoría de los autores de este artículo. SGARBOSSA e IENSUE (2014).

⁷⁶ SANTOS, A. L.; SOUZA, C. V. de, *op. cit.*

⁷⁷ PIZZORUSSO, A. *Sistemi Giuridici Comparati*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1998.

Estados y Distrito Federal, en los términos del art. 24, XI de la CRFB/88— dificulta, pero no impide, la creación del control de constitucionalidad municipal.

Habría posibles alternativas, como la aplicación por analogía de los procedimientos federales prescritos en las Leyes núm. 9868/99 y 9882/99, que rigen el proceso constitucional abstracto federal. La aplicación por analogía de leyes procesales es una solución adoptada por varias supremas cortes estatales en Brasil en el proceso y dictaminación de las ADI estatales y por el propio STF en determinadas ocasiones⁷⁸.

Adicionalmente, debe considerarse que las facultades legislativas particular y supletoria (artículo 30, I y II de la CRFB/88), al permitir al legislador municipal legislar en materias de interés local y, principalmente, complementar la legislación federal y estatal, abren un alcance hermenéutico para, a través de una interpretación constitucionalmente adecuada, dotar a la entidad municipal de las facultades legislativas necesarias para regular posibles procedimientos locales de control de constitucionalidad.

Cabe agregar que en la esfera de la competencia material o político-administrativa común de las entidades de la federación, incluidos los municipios, comprende el celo por la protección de la Constitución y las leyes, de conformidad con el artículo 23, I, de la CRFB/88. El argumento de que la constitución, al establecer fines, otorga implícitamente los medios, está presente en el Derecho Constitucional Comparado, constituyendo el fundamento de la famosa *doctrina de los poderes implícitos* adoptada por la Corte Suprema de Estados Unidos después de *McCulloch v. Maryland* (1819)⁷⁹.

Así, no parece absurdo apoyar una interpretación sistemática, basada en el principio de unidad de la Constitución⁸⁰ según la cual la Carta de 1988 otorgaría implícitamente los poderes legislativos necesarios para el ejercicio de su competencia material, incluyendo los relativos a la custodia de la constitución y las leyes. Esta sería una posible construcción hermenéutica basada en la lectura combinada de los artículos 23 y 30, I y II de la CRFB/88.

Además, cabe señalar que en nuestro sistema no necesariamente se asume que el control de constitucionalidad sea realizado por un órgano de la misma entidad de donde emanó la norma constitucional violada. Así, dentro del ámbito del control difuso, por ejemplo, los jueces y tribunales de los Estados llevan a cabo el control de constitucionalidad de las leyes y actos normativos estatales y municipales utilizando la constitución federal como parámetro.

⁷⁸ Se sabe que hasta la creación de la Ley Federal núm. 13.300, del 23/06/2016, la suprema corte de Brasil y otros tribunales adoptaron por analogía el procedimiento del “*mandado de segurança*” (amparo brasileño) en los procesos de “*mandado de injunção*”, un writ constitucional creado por la Carta Federal de 1988 para controlar las omisiones inconstitucionales.

⁷⁹ Aquí se trata, en todo caso, de una *implicit* u *implied powers doctrine* al revés, por fortalecer la autonomía local y la descentralización, i no la ampliación de los poderes de la Unión y la centralización, como en el caso original de los EE. UU.

⁸⁰ CANOTILHO, J. J. G. *op. cit.*

Es decir, en este caso, la defensa de la carta federal es realizada por órganos judiciales estatales, teniendo por objeto normas de la misma entidad federativa o de una entidad distinta (municipios). Debe ser tomado en cuenta que ni el objeto ni el parámetro necesitan tener correspondencia al mismo ente federativo. Asimismo, los conflictos entre las leyes municipales y la LOM, entendida como control de la legalidad, como se sabe, son resueltos por el poder judicial estadual, que absorbe todas las competencias que no corresponden al sistema de justicia de la Unión.

Así, parece que ni la ausencia de competencia municipal expresa para legislar sobre proceso y procedimiento ni la ausencia de un poder judicial propio constituirían obstáculos absolutos para considerar la creación de mecanismos capaces de defender el orden constitucional municipal frente al derecho interno, ya que la defensa del orden constitucional municipal, de ser reconocido, podría ser ejercida por el poder judicial de los Estados.

Hay una última reflexión relevante para explorar las posibilidades de establecer un control de constitucionalidad dentro del propio municipio, a pesar de las restricciones constitucionales mencionadas. Es sabido que los sistemas judiciales de constitucionalidad si distinguen de los sistemas rivales de control político y que la última solución fue adoptada, por ejemplo, por la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas –URSS y, contemporáneamente, por la República Francesa, a través del Consejo Constitucional instituido por el Título VII–. letras. 56 a 63 – de la Carta de 1958.

La Historia Constitucional y el Derecho Constitucional Comparado muestran, por lo tanto, que dondequiera o cuando, por cualquier motivo, no sea posible adoptar un control judicial de la constitucionalidad, subsiste –al menos teóricamente– la posibilidad de creación de un control político, ya sea mediante la creación de un organismo especializado, como un consejo constitucional u órgano similar, o mediante la atribución de competencias de control político de constitucionalidad a uno de los órganos no judiciales existentes.

Así, en teoría, parece posible, incluso en ausencia de un poder judicial local, la posibilidad de crear un control municipal no jurisdiccional de constitucionalidad, aunque sujeto a un control judicial posterior, dentro de los límites de lo que es compatible con la autonomía municipal por un lado y con la irrenunciabilidad de la jurisdicción, por el otro (artículo 5º, XXXV de la CRFB/88)⁸¹.

⁸¹ Cabe señalar que a pesar de una extrema normalización del derecho subnacional llevada a cabo no sólo por normas establecidas, principios constitucionales, principios constitucionales sensibles, normas de preordinación institucional, principios constitucionales extensibles y, en el ámbito de estos, una aplicación que en ocasiones se considera exagerada del principio de simetría por parte del Tribunal Supremo brasileño, esto señala en los últimos tiempos, aunque discretamente, un desarrollo un poco más respetuoso hacia las autonomías constitucionales de las entidades subnacionales. Ilustran la afirmación, por ejemplo, el contenido de los votos del relator en la reciente acción directa de inconstitucionalidad n. 5676/ (2019) en comparación con el contenido de los dictámenes proferidos en acciones directas más antiguas en materia de control abstracto del derecho municipal por parte de los tribunales estaduais con parámetro en la carta federal.

Para concluir, cabe señalar que ya existen formas limitadas y embrionarias de control político de constitucionalidad a nivel municipal, previstas en varias leyes orgánicas municipales, claramente inspiradas en paradigmas federales ya mencionados aquí: a saber, la resolución suspensiva del Senado Federal. (artículo 52, X de la CRFB/88) y el instituto de suspensión de actos ejecutivos exorbitantes de facultad reglamentaria o de delegación legislativa (art. 49, V de la CRFB/88). Esto queda evidenciado por un examen comparativo realizado por muestreo basado en las LOMs de algunas capitales en todas las regiones del país.

En la región norte, por ejemplo, la Ley Orgánica del Municipio de Manaus –capital del Estado del Amazonas– prevé la suspensión, por parte del legislativo local, de actos normativos ejecutivos que exorbitan el poder regulatorio o los límites de la delegación legislativa (art. 23, VI). Lo mismo ocurre, en la región noreste, la LOM de Recife –capital del Estado de Pernambuco– (art. 23, XVIII), en la región sureste, en la LOM de Río de Janeiro –capital del Estado de mismo nombre– (art. 45, X), en la región centro-oeste, la LOM de Campo Grande –capital del Estado de Mato Grosso do Sul– (art. 23, VIII) y, en la región sur, la LOM de Curitiba –capital del Estado de Paraná– (art. 20, XIX)⁸².

Por otro lado, el análisis comparado de las leyes orgánicas de las capitales revela la existencia de una institución equivalente a la resolución suspensiva del Senado a nivel local, también dentro de la competencia del Ayuntamiento. Varias leyes orgánicas prevén la facultad del legislativo local de suspender un acto normativo local declarado violatorio de la LOM por dictamen judicial definitivo (LOM de Recife, art. 23, XVII), o declarado inconstitucional por dictaminación final de la suprema corte estadual (LOM de Río de Janeiro, art.45, XI, LOM de Campo Grande, art.23, XVI)⁸³.

⁸² LOM de Recife: “Art. 23 - Corresponde exclusivamente al Ayuntamiento: (...) XVII - suspender, total o parcialmente, la ejecución de cualquier acto normativo municipal que haya sido, por decisión definitiva del Poder Judicial, declarado violatorio de esta Ley Orgánica; XVIII - suspender actos normativos del Poder Ejecutivo que excedan la potestad reglamentaria o los límites de delegación legislativa”. LOM de Río de Janeiro: “Art. 45 - Es competencia exclusiva del Ayuntamiento: (...) XI - suspender la ejecución, total o parcial, de la ley municipal declarada inconstitucional por decisión definitiva del Tribunal de Justicia del Estado”. LOM de Campo Grande: “Art. 23. Es competencia exclusiva del Ayuntamiento: (...) VIII - suspender actos normativos del Poder Ejecutivo que excedan la potestad reglamentaria o los límites de delegación legislativa; (...) XVI - suspender la ejecución, total o parcial, de la ley municipal declarada inconstitucional, por decisión del Tribunal de Justicia del Estado”. LOM de Curitiba: “Art. 20 Corresponde exclusivamente al Ayuntamiento: (...) XIX - suspender actos normativos del Poder Ejecutivo que excedan la potestad reglamentaria”.

⁸³ Cabe señalar que la resolución de suspensión por el Ayuntamiento de una ley declarada inconstitucional o incompatible con la LOM, según la disciplina de cada LOM, sólo puede referirse a un control difuso, y no a un control abstracto, según la jurisprudencia de la STF. En este sentido, los dictámenes pronunciados en RE 199.293-0/SP (2004), en la que el § 3 del art. 90 de la Constitución del Estado de São Paulo y fue declarado inconstitucional y, mucho más recientemente, la ADI 5548/PE (2021), en la que el § 3 del art. 63 de la Constitución del Estado de Pernambuco, que preveía una resolución suspensiva de la Asamblea Legislativa tras la decisión de la acción directa de inconstitucionalidad estatal por parte de la suprema corte de justicia del Estado. La última decisión es particularmente

Estos ejemplos demuestran que, aunque de forma tímida y residual, parece que ya existen formas embrionarias de control político de la constitucionalidad a nivel municipal, consistentes en el mimetismo, a través de un proceso de difusión vertical descendente (*top-down*) típico del federalismo y del constitucionalismo multinivel brasileños⁸⁴, de las instituciones constitucionales federales por parte del estado constituyente, lo que demuestra que la consideración de crear un sistema local de control político de la constitucionalidad no es tan inusual como podría parecer a primera vista.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

El tema del Derecho Constitucional municipal en Brasil es complejo y controvertido, pero tiene importancia teórica y práctica y merece ser objeto de una profunda reflexión académica. El examen de las tesis clásicas en la discusión del problema parece revelar, en definitiva, que la resistencia a reconocer un constitucionalismo municipal en nuestro sistema está más arraigada en cuestiones de tradición del pensamiento jurídico establecido –sea doctrinal o jurisprudencial–, en la autoridad del entendimiento adoptado por el STF y en cuestiones nominales que en aspectos sustantivos.

Como se ve a lo largo de este estudio, el neofederalismo brasileño muestra rasgos muy peculiares, que difieren profundamente, en aspectos cruciales, de federalismos clásicos como el estadounidense. Las profundas diferencias que hacen la *Dillon's Rule* inaplicable en Brasil parecen haber surgido de la constitucionalización del *Home rule* por el constituyente federal en 1988, posiblemente basado en los sistemas de estatutos adoptados principalmente por las constituciones del Estado de Rio Grande do Sul desde 1891 hasta nuestros días.

La constitucionalización federal de algo similar a la *Doctrina Cooley* en 1988 crea un neofederalismo nacional, permitiendo una interpretación según la cual la república federal de Brasil es, principalmente, una *federación de federaciones*. Desde esta perspectiva, cada estado federal es una *federación de municipios*, y éstos, al igual que el Distrito Federal, son, a su vez, subestados unitarios.

Este peculiar arreglo institucional impacta fuertemente el pluralismo constitucional, entendido como la coexistencia de un orden constitucional total con varios órdenes constitucionales subnacionales, periféricos o parciales, al crear no sólo un sistema

relevante porque considera inconstitucional la resolución suspensiva subnacional sólo en el caso de control abstracto, es decir, en el marco de una acción directa, y también aborda la posibilidad de control abstracto por parte de la suprema corte estadual de una acción directa presentada contra el derecho municipal que tenía como parámetro la LOM (art. 61, I, "I", de la Carta de Pernambuco), que terminó por ser igualmente considerada inconstitucional. Dicha acción directa también fue propuesta por la Fiscalía General Federal brasileña con base en SGARBOSSA e IENSUE (2014), así como las ADIs 5646 y 5647, antes citadas.

⁸⁴ COUTO, C. G.; G. L. ABSHER-BELLON. "Imitação ou coerção? Constituições estaduais e centralização federativa no Brasil." *Revista de Administração Pública*, n. 52, v. 2, mar.-abr. 2018, pp. 321-344.

federal dual, sino un triple sistema constitucional, formado al menos en parte de manera similar a otros neofederaciones, como Argentina y México.

El análisis comparativo de la situación jurídico-constitucional del municipio con otras entidades federativas subnacionales revela, a su vez, un grado de similitud sumamente relevante, con mínimas variaciones, en aspectos cruciales como competencias específicas, autonomía, garantías de integridad territorial y garantías contra las intervenciones, en un contexto en el cual se destacan las similitudes, de modo a indicar que el poder constituyente original dio a los municipios un régimen jurídico cuasi estadual, como se ve.

La aplicación de la Teoría Dinámica del Federalismo de Popelier a las entidades subnacionales locales brasileñas, a su vez, permitió comparar los puntajes de los municipios con los de los Estados y el DF, tanto en la dimensión de autonomía substantiva y procesual como en la dimensión de cohesión, a través de los indicadores examinados. En este aspecto nuevamente el resultado fue muy similar, corroborando empíricamente la similitud evidenciada en la comparación entre las entidades.

Finalmente, el examen de los problemas del control de constitucionalidad municipal destacó varias posibilidades para resolver los problemas impuestos por la falta de competencia expresa de las entidades subnacionales secundarias para legislar sobre procesos o procedimientos y por la ausencia de un poder judicial municipal.

Como se ha visto, existen soluciones que van desde la aplicación analógica de la legislación federal que regula el proceso constitucional hasta la interpretación que conduciría al reconocimiento de competencias implícitas de los municipios a partir de la interpretación combinada de artículos 23 y 30, I y II, todos de la Constitución brasileña. Finalmente, además de la desnecesidad de que el control sea realizado por un organismo perteneciente a la misma entidad cuyas normas sean parámetro u objeto de control de constitucionalidad, serían imaginables soluciones alternativas, como el control político, como lo demuestra el Derecho Constitucional Comparado.

Por fin, fue posible demostrar, a partir de un breve análisis muestral de las LOM de las capitales de los Estados brasileños, que ya existen, en todas las regiones del país, instituciones embrionarias de control político de la constitucionalidad a nivel municipal, plasmadas en institutos inspirados en la resolución suspensiva federal y la suspensión por el legislativo de actos que exorbiten la facultad reglamentaria del ejecutivo o de la delegación legislativa.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALMEIDA, F. D. M. de: "Atividade constituinte nos estados e nos municípios". *Revista Jurídica "9 de Julho"*, n. 3, 2004.
- ARAÚJO, M. L. C. de: *Jurisdição Constitucional e Federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

- CANOTILHO, J. J. G.: *Direito Constitucional & Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COUTO, C. G.; G. L. ABSHER-BELLON: “Imitação ou coerção? Constituições estaduais e centralização federativa no Brasil.” *Revista de Administração Pública*, n. 52, v. 2, mar.-abr. 2018.
- CREVELD, M. V.: *Ascensão e Declínio do Estado*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DANTAS, I.: *Constituição & Processo: Direito Processual Constitucional*. 3 ed. rev. e atual. Curitiba: Editora Juruá, 2016.
- FRUG, G. E.: “The City as a Legal Concept”. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 6, abr./1980.
- HERNÁNDEZ, A. M.: “El federalismo argentino”. In: HERNÁNDEZ, A. M. (Dir.). *Derecho Público Provincial*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2008.
- HIRSCHL, R.: *City, State, Constitutionalism and the Megacity*. New York: Oxford University Press, 2020.
- INSBURG, T.; POSNER, E. A.: “Subconstitutionalism”. *Stanford Law Review*, v. 62, n. 6, 2010.
- LEONCY, L. F.: *Controle de Constitucionalidade Estadual: As normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LEVINSON, S.: *Framed: The America’s Fifty-One’s Constitutions and the Crisis of the Governance*. New York: Oxford, 2012.
- MADDEX, R. L.: *State Constitutions of United States*. Washington: Congressional Quarterly, 1998.
- MARSHFIELD, J. L.: “Models of Subnational Constitutionalism”. *Penn State Law Review*, CXV(4), 2011.
- PEREIRA, S. T.: *Devido Processo Substantivo*. Florianópolis: Conceito, 2008.
- PIRES, T. M.: *Curso de Direito Constitucional Estadual e Distrital: a organização dos Estados e do Distrito Federal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- PIZZORUSSO, A.: *Sistemi Giuridici Comparati*. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1998.
- POPELIER, P.: *Dynamic Federalism: A New Theory for Cohesion and Regional Autonomy*. Abingdon: Routledge, 2021.
- RICHARDSON JR., J. J.: “Dillon’s Rule is from Mars, Home Rule is from Venus: Local Government Autonomy and the Rules of Statutory Construction”. *Publius: The Journal of Federalism*, v. 41, n. 4, 2011.
- ROJAS, D. A. B.: *Introducción al Derecho Constitucional Estatal Estadounidense*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- SANTOS, A. L.; SOUZA, C. V. de: “Poder Constituinte Derivado Decorrente dos Municípios: uma análise fundamentada nos princípios federativo e da simetria”. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 8, n. 1, 2013.
- SARLET, I. W.; SGARBOSSA, L. F.: “Direitos e garantias fundamentais estaduais: um olhar sobre a Alemanha e os Estados Unidos da América”. In: SGARBOSSA, L.F.; ARAÚJO, M. L. C. de. *Direitos Fundamentais Estaduais e constitucionalismo subnacional*. Recife: Editora Publius, 2022.
- SGARBOSSA, L. F.: “Estado federal e pluralismo constitucional: Direito Constitucional estadual e experimentalismo democrático”. In: BOLONHA, C.; LIZIERO, L.; SEPÚLVEDA, A. (Orgs.). *Federalismo: desafios contemporâneos*. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

- SGARBOSSA, L. F.; IENSUE, G.: “Normas constitucionais inconstitucionais na Federação brasileira: limites do controle abstrato estadual de constitucionalidade de acordo com a jurisprudência do STF”. In: CAZZARO, K. *Reflexões Teóricas sobre Direito Material e Processual*. Blumenau: Legere/Nova Letra, 2014.
- SGARBOSSA, L. F.; SILVA, I. C.: “Emendas às Constituições Estaduais no Brasil: panorama comparativo das 27 subconstituições brasileiras quanto à emendabilidade”. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 13, n. 23, 2020.
- TRIGUEIRO, O.: *Direito Constitucional Estadual*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- WEBER, M.: *Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Vol. 2. Trad. Regis Barbosa e Karen E. Barbosa. Brasília: Editora UnB, 2004.

MODERNISATION EFFORTS IN EU SOCIAL SECURITY COORDINATION

Esfuerzos de modernización en la coordinación de la Seguridad Social de la Unión Europea

Brigitta Biróné Malustyik

Assistant lecturer, University of Public Service Faculty of Public Governance and International Studies, Lajos Lórinz malustyik.brigitta@uni-nke.hu

Recibido: 20/11/2023 – Aceptado: 30/11/2023

Resumen

La coordinación de la seguridad social de la UE tiene como objetivo garantizar la libre circulación de personas. Al hacerlo, dentro de los límites de sus competencias, la Unión Europea garantiza que los ciudadanos de la UE conserven sus derechos de seguridad social en el territorio de todos los Estados miembros mediante el establecimiento de normas a nivel de reglamentos. Sin embargo, hoy en día hay muchos cambios que requieren la revisión de las distintas normas jurídicas de la UE y la modernización de su aplicación práctica. Así, también en el ámbito de la coordinación de la seguridad social, se han adoptado tres medidas clave en respuesta a la digitalización y al aumento de la movilidad laboral, que no solo contribuyen a la movilidad de los ciudadanos de la UE, sino que también sirven para reforzar la cooperación entre los Estados miembros. En el marco de este estudio, además de presentar los antecedentes teóricos y las normas reglamentarias de la coordinación de la seguridad social, se revisarán las medidas de modernización antes mencionadas.

■ **Palabras clave:**

Unión Europea; Coordinación; Modernización; Libre circulación; Seguridad Social

Abstract

EU social security coordination aims to ensure the free movement of persons. In doing so, within the limits of its powers, the European Union ensures that EU citizens retain their social security entitlements in the territory of all Member States by laying down rules at the level of regulations. However, today there are many changes that require the revision of the various EU legal standards and the modernisation of their practical implementation. Thus, in the area of social security coordination, too, three key measures have been taken in response to digitalisation

■ **Keywords:**

European Union; Coordination; Modernisation; Free movement; Social Security

and increasing labour mobility, which not only contribute to the mobility of EU citizens but also serve to strengthen cooperation between Member States. Within the framework of this study, besides presenting the theoretical background and regulatory rules of social security coordination, the above mentioned modernisation measures will be reviewed.

Introduction – I. Theoretical background to social security coordination: 1. Competence of the European Union; 2. General functioning of the open coordination mechanism; 3. Open coordination of social security systems – II. Regulatory rules on social security coordination: 1. Scope and principles of the coordination regulation: 1.1. Personal, territorial and material scope; 1.2. Principles; 2. Commissions supporting coordination activities; 3. Rules for communication between Member States – III. Modernising social security coordination: 1. Electronic exchange of social security information; 2. European social security pass; 3. European labour authority – Conclusion – References

INTRODUCTION

Ensuring the free movement of persons is one of the basic conditions for the functioning of the EU's single internal market, which enables EU citizens to live, work and study freely in any Member State belonging to the European Economic Area. In order to ensure the unhindered exercise of the right to free movement, it should also be made possible for EU citizens to retain their social security entitlement in the territory of another Member State, which the European Union implements through the coordination of national social security systems¹. This so-called open coordination mechanism enables EU citizens' rights to be enforced across borders without the European Union going beyond its competences and interfering in the internal functioning of national social security systems. The current rules for such coordination are laid down in Regulation (EC) No 883/2004² (hereinafter: Coordination Regulation) and Regulation (EC) No 987/2009³ (hereinafter: Implementing Regulation).

The Coordination Regulation governs, inter alia, the principles to be applied in coordination, defines the persons and social security benefits to which it applies, and provides for commissions to support coordination activities and rules for communication between Member States, in addition to specific coordination rules for individual benefits⁴. Since the entry into force of the Coordination Regulation, the European Union has had to keep pace with a number of changes. These include, inter

¹ GOLYNKER, O.; "EU coordination of social security from the point of view of EU integration theory". *European Journal of Social Security*, Vol. 22 Issue 2, 2020. p. 3.

² Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council on the coordination of social security systems.

³ Regulation (EC) No 987/2009 of the European Parliament and of the Council laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems.

⁴ See for more information: KRISTÓ, K.: *A szociális igazgatás alapjai*. University of Public Service, Budapest, 2022. pp. 9-13.

alia, digitalisation, the continued expansion of the European Union and increasing cross-border employment. Furthermore, we cannot ignore the fact that the coronavirus pandemic has also led to drastic changes in the labour market, the economy and welfare systems. These changes have highlighted a number of economic and social problems that have given a new direction to the European Union's social role and thus required the modernisation of social security coordination. In the framework of this study, in addition to an overview of the general rules of social security coordination, the mentioned modernisation efforts will be presented, with special regard to measures supporting digitalisation and cooperation between Member States.

I. THEORETICAL BACKGROUND TO SOCIAL SECURITY COORDINATION

1. Competence of the European Union

Article 156 TFEU defines the competence of the European Union in the field of social security as follows:

“With view to achieving the objectives of Article 151 and without prejudice to the other provisions of the Treaties, the Commission shall encourage cooperation between the Member States and facilitate the coordination of their action in all social policy fields under this Chapter, particularly in matters relating to:

- *employment;*
- *labour law and working conditions;*
- *basic and advanced vocational training;*
- *social security;*
- *prevention of occupational accidents and diseases;*
- *occupational hygiene;*
- *the right of association and collective bargaining between employers and workers.*

To this end, the Commission shall act in close contact with Member States by making studies, delivering opinions and arranging consultations both on problems arising at national level and on those of concern to international organisations, in particular initiatives aiming at the establishment of guidelines and indicators, the organisation of exchange of best practice, and the preparation of the necessary elements for periodic monitoring and evaluation. The European Parliament shall be kept fully informed”.

That provision of the TFEU therefore only allows Member States to encourage and coordinate cooperation at EU level, using the open method of coordination. However, the decision to apply the mechanism was the result of lengthy discussions in the area of social security systems. It was clear that the coordination of the functioning of the various Member States' social security systems was essential in order to ensure the free movement of labour, as workers will not want to work in another Member State if this means losing previously acquired social security entitlements⁵. However, the issue was how to achieve harmonisation, which also raised the question that led to the

⁵ BERKI, G.; *Szabad mozgás és az Európai Unió szociális joga*. Iusperitum Kiadó, Szeged, 2016. p. 6.

debate on harmonisation coordination: whether a looser cooperation ensuring the interoperability of Member States' social security systems is sufficient for the enforcement of the fundamental freedom in question, or whether harmonisation is the most appropriate means in this area as well⁶. Advocates of harmonisation called for common rules for certain aspects of the Member States' social security systems (e.g. equal social security contributions, setting the same retirement age) to avoid workers emigration to countries where they can receive higher quality social benefits in the absence of uniform rules. We now know that the founding fathers finally opted for coordination, believing that this would be enough to remove obstacles to the free movement of workers⁷.

2. General functioning of the open coordination mechanism

The European Council, the European Commission and the Member States have a prominent role in the open coordination mechanism process as follows: In line with the strategic objectives set out by the European Council, the European Commission proposes implementation guidelines and defines indicators to measure Member States' performance. Based on these, Member States draw up their own national action plans and send them to the Commission. On the basis of the Member States' action plans, the Commission assesses the Member States' performance by using the defined indicators and proposes guidelines for further development⁸. In addition, as set out in Article 153 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), EU bodies may establish a regulatory framework and set minimum standards which may contribute, inter alia, to the protection of workers' health and safety and social security or to equal treatment of men and women in matters of employment.

Several authors have undertaken to evaluate the operation of the mechanism and to map its advantages and disadvantages. The biggest drawback of open coordination mentioned is that achieving the set objectives depends to a large extent on the commitment of the Member States. This is related to the fact that binding rules are not formulated, so the competent bodies of the European Union do not have the authority to 'motivate' Member States to implement the objectives by applying the tool of sanctions. This dilemma is raised, among others, by Gábor Juhász and Ágnes Taller, who highlighted that in the absence of coercive means, there is a risk that the objectives will become less realised⁹.

⁶ THRELFALL, M.; "European social integration: harmonization, convergence and single social areas". *Journal of European Social Policy*, Vol. 12, Issue 2, 2003. p. 2.

⁷ JUHÁSZ, G.; "Az európai szociális biztonsági rendszerek összehangolása – szociális biztonsági koordináció". *Az Európai Unió szociális politikái* (SZIKLAI, I.) Eötvös Lóránd University, Budapest, 2012. p. 57.

⁸ REGENT, S.; "The Open Method of Coordination: A New Supranational Form of Governance?" *European Law Journal*, Vol. 9, No. 2, 2003. p.16-18.

⁹ JUHÁSZ, G., TALLER, Á.; (2005): "A társadalmi kirekesztődés elleni küzdelem az EU új tagállamaiban". *Esély*, 2005/6. p. 24.

Some authors also discuss the appropriateness of the indicator system developed by the Commission. István Sziklai¹⁰ criticises the fact that the indicators are not able to effectively reflect the EU-level objectives and are not intended to measure access to rights, services and support. However, from another perspective, the applied indicator system allows the performance of Member States to be quantified. According to Sisson et al., for example, the method of open coordination is nothing more than the transfer of management techniques developed in multinational companies and common in the 1990s to the European Union. The authors believe that the introduction of the indicators is an excellent tool in such a decentralized, multifaceted system, where local leadership has to find solutions to emerging problems, but the task of defining basic strategic goals does not fall to it¹¹.

According to further theoretical approaches, the method allows the dissemination of best practices, the convergence effect of which will enable the European Union to achieve its goals. Furthermore, through the coercive comparative effect, Member States will also be motivated to catch up with the performance of the more developed Member States. For example, József Hajdú highlights the mechanism of mutual learning and the use of instruments not yet used in the legislative process during the application of the mechanism, such as benchmarking, peer review, forums and platforms facilitating policy transfer¹².

Despite these efficiency dilemmas, the method of open coordination proves to be an effective tool in areas where uniform rules at EU level are not intended, but coordination between the different Member States' systems is necessary for the functioning of the single internal market. This is also highlighted by Luc Tholoniati in one of his studies¹³ as follows: *“Despite its initial weaknesses, or perhaps because of them, the OMC has helped to overcome initial resistance to EU action, to identify a common European interest and to create a role for the EU in previously untouched areas. Importantly, the OMC has extended the EU’s ‘tool-kit’. While the use of these instruments is in the hands of political and administrative actors, the OMC has put a conceptual, knowledge and organisational infrastructure at the EU’s disposal”*.

3. Open coordination of social security systems

As mentioned above, ensuring the free movement of workers has been the main reason for coordinating social security systems.

¹⁰ SZIKLAI, I.; “Az üveghegyen túl...” Az EU szociálpolitikai együttműködése és a hazai szociálpolitikai gyakorlat. *Kapocs*, IV. évf., 6. sz., 2005. p. 10.

¹¹ SISSON, K., MARGINSON, P.; “Co-ordinated Bargaining: A Process for Our Times?” *British Journal of Industrial Relations*, Vol. 40, Issue 2, 2002. p. 2.

¹² HAJDÚ, J.; “A szociális jog elmúlt 20 évéről, különös tekintettel az Európai Unióra”, *Gazdaság és jog. Húsz év jogalkotási fejleményei a civilisztika területén.* (MISKOLCZI BODNÁR, P.; KUN, A.; BOÓC, Á.), Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary, Faculty of Law, Budapest, 2019. p. 16.

¹³ THOLONIAT, L.; “The Career of the Open Method of Coordination: Lessons from a ‘Soft’ EU Instrument”. *West European Politics*, Vol. 33, No. 1, 2010. p. 23.

Articles 45 to 48 TFEU lay down the primary provisions relating to freedom of movement for workers and the coordination of related social security systems.

Article 45 TFEU reads as follows:

- “(1) Freedom of movement for workers shall be secured within the Union.
 (2) Such freedom of movement shall entail the abolition of any discrimination based on nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and other conditions of work and employment.
 (3) It shall entail the right, subject to limitations justified on grounds of public policy, public security or public health:
 a) to accept offers of employment actually made;
 b) to move freely within the territory of Member States for this purpose;
 c) to stay in a Member State for the purpose of employment in accordance with the provisions governing the employment of nationals of that State laid down by law, regulation or administrative action;
 d) to remain in the territory of a Member State after having been employed in that State, subject to conditions which shall be embodied in regulations to be drawn up by the Commission.
 (4) The provisions of this Article shall not apply to employment in the public service”.*

Article 48 TFEU deals with related social security coordination:

- “The European Parliament and the Council shall, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, adopt such measures in the field of social security as are necessary to provide freedom of movement for workers; to this end, they shall make arrangements to secure for employed and self-employed migrant workers and their dependants:
 a) aggregation, for the purpose of acquiring and retaining the right to benefit and of calculating the amount of benefit, of all periods taken into account under the laws of the several countries;
 b) payment of benefits to persons resident in the territories of Member States”.*

The right to free movement has been enjoyed by EU workers since the 1960s, and with the Maastricht Treaty it has been extended to all EU citizens, regardless of whether they work or not. Subsequently, freedom of movement was allowed for purposes other than employment, such as studying or accompanying a family member.¹⁴ Under Regulation (EU) No 492/2011 on freedom of movement for workers within the Union, the principle of free movement of persons implies that EU citizens may work, study or reside in another EU or European Economic Area Member State. All this, of course, by taking into account the principle of non-discrimination on grounds of nationality, which applies equally to remuneration and other conditions of work and employment. Furthermore, citizens of the Union have the right to apply for actual offers of employment and to move freely within the territory of the Member States for this purpose, and reside in those Member States or, after their application,

¹⁴ BALDONI, E.; “Free Movement of Persons in the European Union: Legal-historical Overview”. *Pioneer Working Paper*. 2003. p. 9.

remain in the territory of that Member State as determined by the Commission in the regulations¹⁵.

However, it is important to mention that in some cases the regulation allows for restrictions on the fundamental freedom, which is laid down in Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States. These are, for example, situations justified on grounds of public policy, public security and public health, but importantly, the restriction must not serve economic interests. Furthermore, Member States are not obliged to ensure fundamental freedom for public service jobs¹⁶.

The current regulation differentiates rights and obligations during the free movement of persons according to the length of residence in another Member State. Accordingly, for stay of less than three months, the only condition for free movement is that the EU citizen has a valid travel document or identity card, but it is important that the EU citizen must not become an unduly heavy burden on the host country's social security system. Where the period of residence in the host Member State is longer than three months, only Union citizens who are engaged in an economic activity or training as students or who are family members of those Union citizens shall be eligible for rights deriving from the free movement of persons. It is also important that EU citizens have sufficient resources and health insurance so that they do not burden the host Member State's healthcare system¹⁷.

Another possibility of restricting the free movement of persons is the possibility of applying the so-called 2+3+2 rule. The rule includes the possibility of introducing labour market restrictions for a certain period of time, which can be imposed by the old Member States on workers from the new Member States. According to the rule, for a period of 2 years after accession, the old Member States can act on the basis of their own legislation and bilateral agreements regarding access to employment for nationals of the new acceding states. This period may be extended by 3 years if the Member State introducing the restriction notifies the Commission that it intends to take similar action. In case of failure to notify, the restriction will be automatically lifted after the 2-year period has expired. If a Member State maintains the application of its legislation or bilateral agreements for 5 years and is experiencing serious disturbances on the labour market, it may extend the restriction for a further period of 2 years after notifying the Commission. It is therefore possible to apply this restrictive regulation for a total period of 7 years¹⁸.

¹⁵ FÜRJES, A.; *Szociális biztonsági koordináció az Unióban, különös tekintettel a nyugdíjakra*. Doctoral School of Law and Political Sciences at University of Szeged, Szeged, 2014. p. 20.

¹⁶ GELLÉRNÉ LUKÁCS, É.; *Személyek szabad mozgása az Európai Unióban*. Doctoral School of Law at ELTE University, Budapest, 2008. p. 130.

¹⁷ BERKI, G.; *Szabad mozgás és az Európai Unió szociális joga*. Iusperitum, Budapest, 2016. p. 6.

¹⁸ MENYHÁRT, Sz.; "A munkaerő szabad áramlása az Európai Unióban a keleti bővítést követően". *Romániai Magyar Jogtudományi Közöny*, 2004, p. 3.

II. REGULATORY RULES ON SOCIAL SECURITY COORDINATION

1. Scope and principles of the Coordination Regulation

1.1. Personal, territorial and material scope

Article 2 of the Coordination Regulation provides for the question of personal scope. Accordingly, the Regulation applies to nationals of Member States, stateless persons or refugees residing in a Member State, as well as to the members of their families and their survivors. The personal scope of the Regulation also covers “*the survivors of persons who have been subject to the legislation of one or more Member States, irrespective of the nationality of such persons, where their survivors are nationals of a Member State or stateless persons or refugees residing in one of the Member States*”. It is therefore clear from these provisions that the focus is no longer solely on facilitating workers' mobility, but on ensuring the rights of all EU citizens, regardless of whether economically active or not¹⁹.

Article 3 of the Coordination Regulation lists exhaustively the benefits covered by the Regulation. These include:

- sickness benefits;
- maternity and equivalent paternity benefits;
- invalidity benefits;
- old-age benefits;
- survivors' benefits;
- benefits in respect of accidents at work and occupational diseases;
- death grants;
- unemployment benefits;
- pre-retirement benefits;
- family benefits²⁰.

With regard to the material scope, it is important to mention that the coordination activity in question only covers the benefits intended to protect EU citizens engaged in an economic activity and their family members and relatives against certain risks, and not the area of social assistance²¹.

The territorial scope of the coordination extends beyond the territory of the EU Member States to the entire European Economic Area and Switzerland²².

¹⁹ KRISTÓ, K., BORBÁS, Sz.; “Külföldi egészségügyi ellátások az Európai Unióban a magyar szabályok tükrében”. *Acta Humana*, Budapest, 2021/3. p. 142.

²⁰ For more information on the coordination rules for family benefits, see: KRISTÓ, K.: “A családtámogatások uniós koordinációs vonatkozásairól”. *Új Magyar Közigazgatás*, 14: 4, 2021. pp. 30-36.

²¹ KRISTÓ, K., BORBÁS, Sz.; “Külföldi egészségügyi ellátások az Európai Unióban a magyar szabályok tükrében”. *Op.cit.*, p. 143.

²² PENNING, F.; “Coordination of social security within the EU Context”. *Social Security and Migrant Workers. Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*. 2014. p. 124.

1.2. Principles

Articles 4 and 5 of the Coordination Regulation set out the *principle of equal treatment*, according to which persons covered by the Coordination Regulation have the same rights and obligations as nationals of that Member State when residing in any Member State.

The requirement of equal treatment in relation to benefits, income, facts and events is also linked thereto. One approach is that, if the receipt of certain social security benefits or income in the Member State in which a Union citizen is currently residing has legal consequences, the provisions of the legislation imposing those consequences should also apply to equivalent benefits and income received under the legislation of another Member State. The same principle shall apply where, in the Member State of residence, the occurrence of certain facts or events has specific legal consequences, then the occurrence of the facts or events in the territory of another Member State shall be taken into account as if they had occurred in its own territory.

However, the application of the principle of equal treatment should also be limited to certain limits, because care must be taken to ensure that its application does not lead to unrealistic results. To remedy this, paragraph 12 of the Coordination Regulation introduces the principle of proportionality in order to avoid such unjustified results and to prevent the overlapping of benefits.

The *purpose of the principle of aggregating periods* is to ensure that periods of insurance and employment completed during the lifetime of a Union citizen in any Member State of the European Union are not lost. This is particularly important for benefits where proof of periods of employment or insurance is required, such as when awarding pensions.

Article 6 of the Coordination Regulation states the following in relation to the principle:

“Unless otherwise provided for by this Regulation, the competent institution of a Member State whose legislation makes:

- *the acquisition, retention, duration or recovery of the right to benefits,*
 - *the coverage by legislation,*
- or*
- *the access to or the exemption from compulsory, optional, continued or voluntary insurance, conditional upon the completion of periods of insurance, employment, self-employment or residence completed under the legislation of any other Member State as though they were periods completed under the legislation which it applies”.*

The *principle of being subject to the jurisdiction of a Member State* is essential for the proper and fair functioning of coordination between social security systems, because these provisions determine which Member State’s jurisdiction an EU citizen is subject to and where he or she is to pay his or her contribution. First, the *lex loci laboris* principle applies, according to which benefits and contributions are to be awarded and

paid on the basis of the social security legislation of the Member State in which the person concerned carries out the work²³. The aim of the regulation is to eliminate the possibility of being subject to the legal systems of two or more Member States at the same time, thus it describes exactly in which cases the persons concerned are subject to which country's legislation.

2. Commissions supporting coordination activities

The Coordination Regulation provides for the establishment of commissions with a key role in implementing social security coordination, establishing a framework for cooperation between Member States and implementing the practice of uniform application of law.

The first is the *Administrative Commission* established by Article 71 of the Coordination Regulation, which is composed of one government representative from each Member State assisted by expert advisers. In this context, the Administrative Commission shall, pursuant to Article 72 of the Coordination Regulation, have the following tasks:

- deal with administrative questions and questions of interpretation;
- facilitate the uniform application of Community law by promoting exchange of administrative practices;
- foster and develop cooperation between Member States and their institutions in social security matters, thus facilitating the realisation of actions of cross-border cooperation activities;
- play an important role in implementing the electronic exchange of information between Member States' institutions and encouraging the use of other new, innovative technological solutions;
- submit proposals to the Commission of the European Communities for modernising and improving the coordination of social security systems;
- establish the factors to be taken into account in the settlement between the institutions of the Member States and adopt the accounts between those institutions.

The *Technical Commission for Data Processing* referred to in Article 73 of the Coordination Regulation is responsible for proposing to the Administrative Commission common architecture rules for the operation of data-processing services, which is particularly important for the electronic exchange of information. In addition, the tasks of the Technical Commission shall include:

- collecting the relevant technical documents and undertaking various studies and other work related to its tasks;

²³ CORNELISSEN, R.; "50 years of European social security coordination". *European Journal of Social Security*, 2009/11. (1-2), p. 14.

- submitting reports and opinions to the Administrative Commission on the architecture of data processing services;
- carrying out the tasks assigned to it by the Administrative Commission and carrying out studies;
- managing Community pilot projects and operational systems using data-processing services.

Under Article 74 of the Coordination Regulation, an *Audit Board* is also attached to the Administrative Commission, the composition and working method of which are determined by the Administrative Commission. The tasks of the Audit Board are defined in the Coordination Regulation as follows:

- verify the methods of calculating and determining the annual average costs submitted by Member States;
- carry out the calculations required for establishing the annual statement of claims of each Member State;
- give the Administrative Commission periodic accounts of the financial aspects of implementing the Coordination Regulation;
- carry out tasks relating to matters referred to it by the Administrative Commission.

Finally, Article 75 of the Coordination Regulation establishes an *Advisory Committee for the Coordination of Social Security Systems*, composed of representatives of the governments, trade unions and employers' organisations of the Member States. The Advisory Committee has the right to examine general questions and problems arising from the implementation of the rules on the coordination of social security systems and to deliver opinions and make recommendations to the Administrative Commission on such matters.

3. Rules for communication between Member States

The effective implementation of coordination between social security systems requires maximum commitment on the part of the Member States. This includes ensuring that national administrations dealing with each coordination case communicate as effectively as possible with each other. This is precisely why Chapter II of the Implementing Regulation provides for strict and consistent rules on how data is exchanged and how Member States' institutions cooperate with each other when implementing the coordination regulations.

Article 2 of the Implementing Regulation clearly takes a customer-friendly approach when defining the principles for communication between Member States. Nothing proves it better than the fact that it lays down as a principle that communication should be based on the principles of public service, efficiency, active assistance, prompt provision of services and accessibility. This customer focus is underpinned by the provision that requires the prompt exchange of data between institutions concerning data necessary to establish the rights and obligations of the person claiming benefits.

The Implementing Regulation also lays down rules for the award of benefits if a person mistakenly submits his claim to the competent institution of a Member State other than that specified in the Implementing Regulation. The institution where the person submitted the documents will then be responsible for forwarding the documents received to the appropriate place.

Article 4 of the Implementing Regulation requires Member State institutions to communicate by electronic means, in addition to protecting the interests of clients and ensuring swift and efficient administrative cooperation. In this context, it entrusts the Administrative Commission with defining the structure, content and format of the documents and structured electronic documents to be used in these electronic communications. The Implementing Regulation also requires that the contact system operates within a common secure framework that adequately ensures data protection. It is interesting, however, that in the Implementing Regulation electronic communication is not an obligation in communication with the person concerned, but it is stressed that the use of electronic means should be preferred where possible.

III. MODERNISING SOCIAL SECURITY COORDINATION

As already mentioned in the introductory part, the European Union needs to keep pace with a number of changes that require the revision of EU legal standards and the modernisation of its activities. Increasing labour mobility and digitalisation have put more emphasis than ever on smooth communication between workers and public administration bodies, and thus on the adequacy of cooperation between Member States, making the development of social security coordination activities necessary. Within the framework of this chapter, two developments aimed at facilitating communication and monitoring activities in social security coordination are reviewed, and the European Labour Authority is also presented, which plays an important role in the cross-border enforcement of social security rights as well.

1. Electronic Exchange of Social Security Information

The Electronic Exchange of Social Security Information (EESSI) is a platform for digitising communication between Member States' institutions. The system allows for faster and more efficient exchange of information between the competent institutions of the Member States on, for example, sickness, pensions, unemployment benefits or occupational diseases. Member States' authorities communicate with each other through the EESSI system on social security matters involving several Member States by means of so-called structured electronic documents²⁴. The establishment of EESSI and its implementation by the Member States has enabled faster and more accurate data exchange between institutions, made the fight against fraud more effective and the handling of personal data more secure, enabled the collection of data on social

²⁴ WISPELAERE, F.; "60 years of coordination of social security systems: Still room for improvement". *Belgisch Tijdschrift voor Sociale Zekerheid*, 2019, p. 168.

security coordination for various statistical purposes, and simplified the verification of social security entitlements of EU citizens²⁵. Ultimately, they contribute to promoting public mobility, which clearly facilitates the survival and effective functioning of the single internal market²⁶.

Organisations involved in social security matters can search a repository for the name and contact details of the competent institution in another Member State. The specifications for the content of the database are set out in Annex 4 to the Implementing Regulation. This electronic directory contains, inter alia, the up-to-date names, identification codes and EESSI electronic address of the bodies, their function, powers and contact details. This directory shall be kept up to date and any changes made to it shall be logged. Member States are responsible for collecting and verifying the necessary information and sending it to the European Commission in a timely manner.

2. European Social Security Pass

The European Pillar of Social Rights (hereinafter: Pillar) Action Plan presented in March 2021 also addresses, inter alia, the issue of reforming social protection systems, including opportunities to modernise social security coordination. With the emergence of new forms of labour mobility, this Pillar Action Plan considers it important to facilitate the portability of social security entitlements for mobile EU citizens. As one of the tools for this, it outlined the introduction of the European Social Security Pass (ESSPASS). The ESSPASS project aims to develop a digital solution by 2023 that facilitates real-time verification by competent institutions of EU citizens' social security coverage and entitlements, as well as the authenticity and validity of related documents – thus reducing the possibility of possible fraud and abuse. The project also seeks to explore how the EESSI system described above could be complemented to provide access for both EU citizens and other relevant authorities. At present, it serves only communication between social security institutions. There is a growing need for this digital solution, as paper communication outside EESSI makes it difficult for citizens to fully exercise their rights and obligations while striving to comply with the rules at both national and supranational level. In addition, healthcare providers, employers and social security institutions face difficulties in fighting fraud and providing services of adequate quality.

The first phase of the pilot project started in 2022, in which the Commission mainly cooperates with the Italian social security institution (Istituto Nazionale della Previdenza Sociale), but 13 other Member States are also involved to varying degrees in the implementation of the project. This includes examining the possibilities for digital cross-border verification of the validity and authenticity of Form A1, which is used to verify which social security legislation applies to a person when paying social

²⁵ AZUARA, F., GONZÁLEZ, J., RUGGIA, R.; “Proposal of a controlled vocabulary to solve semantic interoperability problems in social security information exchanges”. *Library Hi Tech*, Vol. 31 No. 4, 2013. p. 5.

²⁶ HAJDÚ, J.; “A szociális jog elmúlt 20 évéről, különös tekintettel az Európai Unióra”. *Op.cit.*, p. <16.

security contributions in another EU country. Depending on the success of this first phase, the European Commission will decide whether to extend the solution to other related documents²⁷.

The project in question is closely linked to Regulation (EU) 2018/1724²⁸, which proposes the creation of a single digital gateway.

In this context, it stipulates that the procedures specified by it relating to birth, place of residence, employment, studies, moving, retirement, and business start-up should be made fully online from 12 December 2023. Thus, in the field of employment, the following procedures should be made available online:

- Request for determination of the applicable legislation in accordance with Title II of Regulation (EC) No 883/2004;
- Notifying changes in the personal or professional circumstances of the person receiving social security benefits, relevant for such benefits;
- Application for a European Health Insurance Card;
- Submitting an income tax declaration²⁹.

Under Regulation (EU) 2018/1725, the procedures provided for by it can be considered online under the following conditions:

“The procedures referred to in paragraph 1 shall be considered to be fully online where:

- a) the identification of users, the provision of information and supporting evidence, signature and final submission can all be carried out electronically at a distance, through a service channel which enables users to fulfil the requirements related to the procedure in a user-friendly and structured way;*
- b) users are provided with an automatic acknowledgement of receipt, unless the output of the procedure is delivered immediately;*
- c) the output of the procedure is delivered electronically, or where necessary to comply with applicable Union or national law, delivered by physical means; and*
- d) users are provided with an electronic notification of completion of the procedure”*³⁰.

Thus, the ESSPASS project makes a clear contribution to bringing online certain employment-related procedures required by the Regulation mentioned. Thus, in the first round, the submission of the application for the issuance of the A1 portable

²⁷ ESSPASS Pilot Project – Exploring a new digital tool to help mobile citizens exercise their social security rights across borders. <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=849&newsId=10341&furtherNews=yes> (Last accessed: 15.11.2022).

²⁸ Regulation (EU) 2018/1724 of the European Parliament and of the Council of 2 October 2018 establishing a single digital gateway to provide access to information, to procedures and to assistance and problem-solving services and amending Regulation (EU) No 1024/2012.

²⁹ Annex II to Regulation (EU) 2018/1725.

³⁰ Regulation (EU) 2018/1725 Article 6(2).

document and the replies thereto will be made available online to citizens. Furthermore, the project complements this obligation by examining how the authenticity and validity of the document can be verified by other Member States.

In addition to EESSI and the Single Digital Gateway, ESSPASS is also linked to the European Digital Identity (EUDI) system, a proposal for the establishment of which was published by the Commission on 3 June 2021. An important part of this system is that citizens can store various types of documents and certificates, including personally identifiable documents, and share them with the competent authorities. Thus, one part of the ESSPASS project is to find a solution to connect ESSPASS to the EUDI system.

The report concluding the first phase of the ESSPASS project³¹ was published in 2022. It outlines, among other things, how the digitalisation of Form A1 and its use in practice can be solved and clarifies its relationship with the already mentioned and existing digital systems. The development elaborated the following steps for issuing and verifying Form A1 through the ESSPASS system: As a first step, the employer of the home Member State applies to the national social security body for the certificate to be issued. Once the certificate has been issued by the relevant social security body, the posted worker places it and his or her personally identifiable documents in a digital wallet. The posted worker shall then present this certificate to the competent body, which shall verify it in real time.

3. European Labour Authority

The intention to establish a European Labour Authority (hereinafter: Authority) was announced by Jean-Claude Juncker in his State of the European Union address in September 2017.³² The establishment of the Authority is part of the creation of the European social model launched by the Pillar, which aims to ensure the fair functioning of welfare systems³³ and strengthen labour markets along the 20 principles and rights described in the Pillar. With the continuous growth of cross-border employment and the constant change in working conditions, it has become essential to establish a body that can support fair labour mobility in this changed labour market environment and assist Member States and the European Commission in coordinating social security systems.³⁴ The Authority was finally established in 2019 with Regulation (EU) 2019/1149³⁵. The tasks of the Authority are as follows:

³¹ ESSPASS Overview and main concepts. Directorate General for Employment, Social Affairs and Inclusion. October 2022. <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=89&furtherNews=yes&newsId=10435&langId=en> (Last accessed: 2022.11.20.).

³² CREMERS, J.; “The European Labour Authority and right-based labour mobility”. *ERA Forum*, 2020/21, p. 21.

³³ For more on the possible typification of welfare systems, see: KRISTÓ, K.: “Jóléti állam elméletek és családpolitika”. *Kodifikáció és közigazgatás*, 2014/2. pp. 73-82.

³⁴ European Labour Authority. <https://www.ela.europa.eu/en/what-we-do> (Last accessed: 16.05.2023).

³⁵ Regulation (EU) 2019/1149 of the European Parliament and of the Council establishing a European Labour Authority, amending Regulations (EC) No 883/2004, (EU) No 492/2011, and (EU) 2016/589 and repealing Decision (EU) 2016/344.

- provide individuals, employers and social partners with information on labour mobility;
- manage the European Employment Services Coordination Office;
- facilitate cooperation and exchange of information between Member States and facilitate effective compliance with their obligation to cooperate on exchange of information laid down in Union law, thereby also contributing to the functioning of the EESSI system;
- coordinate and support concerted or joint inspections at the request of one or more Member States in the areas within its competence;
- carry out, in cooperation with Member States and social partners, risk assessments and analyses of labour mobility and social security coordination within the European Union;
- support Member States in capacity-building to promote the enforcement of EU law;
- facilitate, without prejudice to the jurisdiction of the Court of Justice, the settlement of disputes between Member States in areas falling within its competence, and
- facilitate cooperation between Member States in combating undeclared work³⁶.

CONCLUSION

The aim of social security coordination activities is to ensure cross-border social protection for EU citizens. However, this can only be achieved effectively if rules established at EU level keep pace with different changes and development trends in the world. Within the framework of the study, three modernisation efforts have been presented, which I consider to be of great importance in keeping pace with digitalisation and increasing labour mobility. Thus, the gradual elimination of paper-based communication and the transition to electronic communication can be considered among the most important modernization efforts. The EESSI system is used to establish electronic communication between national social security bodies, which makes the exchange of data between Member States faster and more accurate. The ESSPASS pilot project, launched in 2022, aims to create an electronic certificate that will make the portability of EU citizens' social security entitlements easier, replacing the current paper-based procedure. Based on the card, it will be possible to verify the social security entitlements of EU citizens and the authenticity and validity of related documents in real time, which is also expected to result in faster and more efficient administrative processes. Finally, the European Labour Authority has been presented, which is essentially an EU agency set up to coordinate labour mobility within the European Union. The activities of the Authority contribute, inter alia, to the coordination of social security systems by supporting Member States in complying with the rules on electronic communications and by informing and assisting Union citizens in the cross-border exercise of their social security entitlements. I believe that the measures presented offer many advantages in terms of coordination of social

³⁶ Regulation (EU) 2019/1149, Chapter II.

security systems. Not only will they make administrative processes faster and more efficient, but they will also reduce abuse and combat fraud more effectively.

REFERENCES

Books, studies, articles

- AZUARA, F., GONZÁLEZ, J., RUGGIA, R.: "Proposal of a controlled vocabulary to solve semantic interoperability problems in social security information exchanges". *Library Hi Tech*, Vol. 31 No. 4, 2013. p. 5.
- BALDONI, E.: "Free movement of persons in the European Union: Legal-historical overview". *Pioneer Working Paper*. 2003. p. 9.
- BERKI, G.: *Szabad mozgás és az Európai Unió szociális joga*. Iusperitum Kiadó, Szeged, 2016. p. 6.
- CORNELISSEN, R.: "50 years of European social security coordination". *European Journal of Social Security*, 2009/11. p. 14.
- CREMERS, J.: "The European Labour Authority and right-based labour mobility". *ERA Forum*, 2020/21. p. 21.
- FÜRJES, A.: *Szociális biztonsági koordináció az Unióban, különös tekintettel a nyugdíjakra*. Doctoral School of Law and Political Sciences at University of Szeged, Szeged, 2014. p. 20.
- GELLÉRNÉ LUKÁCS, É.: *Személyek szabad mozgása az Európai Unióban*. Doctoral School of Law at ELTE University, Budapest, 2008. p. 130.
- GOLYNKER, O.: "EU coordination of social security from the point of view of EU integration theory". *European Journal of Social Security*, Vol. 22 Issue 2, 2020. p. 3.
- HAJDÚ, J.: "A szociális jog elmúlt 20 évéről, különös tekintettel az Európai Unióra", *Gazdaság és jog. Húsz év jogalkotási fejleményei a civilisztika területén*. (MISKOLCZI BODNÁR, P.; KUN, A.; BOÓC, Á.), Károli Gáspár University of the Reformed Church in Hungary, Faculty of Law, Budapest, 2019. p. 16.
- JUHÁSZ, G., TALLER, Á.: (2005): "A társadalmi kirekesztődés elleni küzdelem az EU új tagállamaiban". *Esély*, 2005/6. p. 24.
- JUHÁSZ, G.: "Az európai szociális biztonsági rendszerek összehangolása – szociális biztonsági koordináció". *Az Európai Unió szociális politikái* (SZIKLAI, I.) Eötvös Lóránd University, Budapest, 2012. p. 57.
- KRISTÓ, K.: "Jóléti állam elméletek és családpolitika". *Kodifikáció és közigazgatás*, 2014/2. pp. 73-82.
- KRISTÓ, K.: "A családtámogatások uniós koordinációs vonatkozásairól". *Új Magyar Közigazgatás*, 14: 4, 2021. pp. 30-36.
- KRISTÓ, K.: *A szociális igazgatás alapjai*. University of Public Service, Budapest, 2022. pp. 9-13.
- KRISTÓ, K., BORBÁS, Sz.: "Külföldi egészségügyi ellátások az Európai Unióban a magyar szabályok tükrében". *Acta Humana*, Budapest, 2021/3. p. 142.
- MENYHÁRT, Sz.: "A munkaerő szabad áramlása az Európai Unióban a keleti bővítést követően". *Romániai Magyar Jogtudományi Közlöny*, 2004. p. 3.

- PENNINGS, F.: “Coordination of social security within the EU Context”. *Social Security and Migrant Workers. Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*. 2014. p. 124.
- REGENT, S.: “The open method of coordination: A new supranational form of governance?” *European Law Journal*, Vol. 9 No. 2, 2003. p. 16-18.
- SISSON, K., MARGINSON, P.: “Co-ordinated bargaining: A process for our times?” *British Journal of Industrial Relations*, Vol. 40 Issue 2., 2002. p. 2.
- SZIKLAI, I.: “Az üveghegyen túl...” Az EU szociálpolitikai együttműködése és a hazai szociálpolitikai gyakorlat”. *Kapocs*, IV. évf. 6. sz., 2005. p. 10.
- THOLONIAT, L.: “The career of the open method of coordination: Lessons from a ‘Soft’ EU instrument”. *West European Politics*, Vol. 33 No. 1, 2010. p. 23.
- THRELFALL, M.: “European social integration: Harmonization, convergence and single social areas”. *Journal of European Social Policy*, Vol. 12 Issue 2, 2003. p. 2.
- WISPELAERE, F.: “60 years of coordination of social security systems: Still room for improvement”. *Belgisch Tijdschrift voor Sociale Zekerheid*, 2019. p. 168.

Sources of law

- Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council on the coordination of social security systems.
- Regulation (EC) No 987/2009 of the European Parliament and of the Council laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems.
- Regulation (EU) 2019/1149 of the European Parliament and of the Council establishing a European Labour Authority, amending Regulations (EC) No 883/2004, (EU) No 492/2011, and (EU) 2016/589 and repealing Decision (EU) 2016/344.
- Regulation (EU) 2019/1149, Chapter II.
- Regulation (EU) 2018/1724 of the European Parliament and of the Council of 2 October 2018 establishing a single digital gateway to provide access to information, to procedures and to assistance and problem-solving services and amending Regulation (EU) No 1024/2012.
- Annex II to Regulation (EU) 2018/1725.
- Regulation (EU) 2018/1725 Article 6(2).

Internet links

- ESSPASS Pilot Project – Exploring a new digital tool to help mobile citizens exercise their social security rights across borders. <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=849&newsId=10341&furtherNews=yes>
- European Labour Authority. <https://www.ela.europa.eu/en/what-we-do>
- ESSPASS Overview and main concepts. Directorate General for Employment, Social Affairs and Inclusion. October 2022. <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=89&furtherNews=yes&newsId=10435&langId=en>

B) COMENTARIOS DE
JURISPRUDENCIA Y
LEGISLATIVOS

IMPORTACIÓN PARALELA DE MEDICAMENTOS GENÉRICOS REENVASADOS CON LA MARCA DE LOS MEDICAMENTOS DE REFERENCIA (A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2022, C-253/20 Y C-254/20, ASUNTO *IMPEXECO*)

Parallel importation of generic medicines repackaged under the brand name of the reference medicinal products (In relation to the STJUE of 17 november 2022, C-253/20 and C-254/20, *Impexeco* case)

Juan José Fernández Domínguez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León
jjferd@unileon.es

Guillermo Domínguez Fernández

R&D Scientist. PCI-León
gdominf@estudiantes.unileon.es

Resumen: La estrategia emprendida por las multinacionales farmacéuticas consistente en crear filiales con la finalidad de competir con ventaja en el mercado de los medicamentos genéricos, ha tratado de ser contrarrestada por los importadores paralelos reenvasándolos en el Estado de exportación, pero poniendo las marcas con las que se comercializan los medicamentos de referencia en el Estado de importación (*re-branding*). A través de la exigencia de que ambos fármacos sean “idénticos en todos los aspectos”, y negando que haya cualquier otro interés digno de protección salvo el de aprovechar el renombre de la marca para obtener mayor rentabilidad, el Tribunal de Justicia de la Unión

Europea cuestiona seriamente la alternativa.

Palabras clave: *Medicamentos genéricos; Derecho de marca; Importación paralela; Reenvasado y remarcado de medicamentos*

Abstract: The strategy of multinational pharmaceutical companies to create subsidiaries in order to compete at an advantage in the generic drugs market has been countered by parallel importers. The chosen formula is to repack generic medicinal product in the exporting Member State, but to place the brand names of the reference medicinal product on the market in the importation State (*re-branding*). Through the requirement that the two drugs be “identical in all

respects”, and denying that there is any other interés worthy of protection than that of taking advantage of the brand’s renown to obtain greater profitability, the Court of Justice of the European Union

raise serious doubts about the practice.

Keywords: *Generic medicinal product; Trademark right; Parallel import; Repackaging and re-branding of medicines*

1. El supuesto de hecho en presencia – 2. El recuerdo de la doctrina general sobre el derecho de marca y el comercio paralelo como contexto del problema suscitado por el reetiquetado y reenvasado de medicamentos: 2.1. El agotamiento de marca y el comercio paralelo como marco; 2.2. El problema general del reenvasado y reetiquetado de medicamentos en el comercio paralelo – 3. La aplicación de la doctrina general al reenvasado de medicamentos genéricos con la marca del medicamento de referencia para su importación paralela: 3.1. Sobre si los medicamentos genéricos pueden considerarse idénticos a los de referencia a efectos de entender agotado el derecho de marca; 3.2. Otros obstáculos al reenvasado de genéricos con utilización de la marca de los medicamentos de referencia – 4. Conclusión

1. EL SUPUESTO DE HECHO EN PRESENCIA

En una presentación sucinta, cabría glosar los antecedentes señalando que Novartis comercializaba los medicamentos de referencia “Femara” (letrozol) y “Rilatine” (metilfenidato) en Holanda y Bélgica. Sandoz (división de genéricos de Novartis) comercializaba las versiones genéricas de ambos como “Letrozol Sandoz” y “Metilfenidato HCl Sandoz” en Holanda. Los importadores paralelos adquirían las versiones genéricas de los productos en Holanda, los reenvasaban usando las marcas “Femara” o “Rilatine” y los comercializaban en Bélgica como medicamentos de referencia, provocando notorios perjuicios a la fabricante, quien los acusa de vulnerar su derecho de marca.

Con mayor detalle, Novartis es una sociedad suiza, matriz del grupo Novartis que comprende dos divisiones, Novartis Pharmaceuticals y Sandoz, responsables del desarrollo de medicamentos de referencia y de la fabricación de medicamentos genéricos, respectivamente. Por su parte, Impexco y PI Pharma son dos sociedades belgas dedicadas al comercio paralelo.

En el marco de los dos supuestos acumulados que se someten al Tribunal de Justicia, Novartis ha elaborado un medicamento cuya sustancia activa es el letrozol y que comercializa en Bélgica y Países Bajos (en envases de 30 y 100 comprimidos de 2’5 mg en Bélgica, de 30 comprimidos de iguales características en Países Bajos) con la marca comunitaria de “Femara”. Por su parte, la división de genéricos Sandoz comercializa el medicamento genérico “Letrozol Sandoz” en los dos Estados

mencionados en envases de las mismas características, al punto que el órgano que remite las cuestiones prejudiciales considera que los medicamentos comercializados con la denominación “Femara” y “Letrozol Sandoz” son idénticos.

Mediante escrito de 28 de octubre de 2014, Impexeco comunica a Novartis su intención de importar de los Países Bajos el medicamento Femara para comercializarlo en el mercado belga. De la resolución de remisión a tal efecto se desprende que la clara intención era importar “Letrozol Sandoz” reenvasado en un nuevo embalaje exterior en el que figurara la marca “Femara”.

Mediante escrito de 17 de noviembre de 2014, Novartis formuló su oposición, al considerar que cuanto pretendía la importadora vulneraba el derecho de marca y podía inducir a error al público. A pesar de ello, y a partir de julio de 2016, Impexeco comenzó a comercializar en Bélgica el medicamento “Letrozol Sandoz” en un embalaje en el que figuraba la marca “Femara”, dejando testimonio quien remite la cuestión prejudicial de que mientras “Letrozol Sandoz” y “Femara” (de Impexeco y de Novartis) tienen un precio público idéntico en Bélgica, el precio público de “Letrozol Sandoz” es notoriamente inferior en Países Bajos.

En el segundo de los supuestos cambian importadora y medicamento, pero el itinerario es similar al descrito. En esta ocasión, el fármaco tiene como sustancia activa el metilfenidato, comercializado por Novartis Pharma en Bélgica bajo la marca “Rilatine” (en envases de 20 comprimidos de 10 mgs.). Sandoz, por su parte, comercializa en Países Bajos el genérico “Metilfenidato HCl Sandoz” (de 30 comprimidos de 10 mgs.). Según criterio del órgano que remite la cuestión prejudicial, “Rilatine” y “Metilfenidato HCl Sandoz” son idénticos.

Mediante escrito de 30 de junio de 2015, PI Pharma comunicó a Novartis Pharma su intención de importar de los Países Bajos “Rilatine” y comercializarlo en el mercado belga. De la resolución de remisión se infiere nítidamente que cuanto pretendía, en realidad, era comercializar “Metilfenidato HCl Sandoz” reenvasado con un embalaje exterior donde apareciera la marca “Rilatine”. Por este motivo, Novartis mostró su oposición a la importación paralela el 22 de julio de 2015, aduciendo vulneración manifiesta del derecho de marca y la posibilidad de inducir al público a error. Sin embargo, y a partir de octubre de 2016, PI Pharma comenzó a comercializar el “Metilfenidato HCl Sandoz” en un embalaje en el cual figuraba la marca “Rilatine”. Para dar cuenta de la importancia del negocio, el medicamento “Rilatine (Novartis)” se vende en Bélgica a 0’405 € el comprimido y “Rilatine (PI Pharma)” a 0’398 € el comprimido; por su parte, en Países Bajos el precio del “Metilfenidato HCl Sandoz” es de 0’055 € el comprimido.

En la medida en la cual Novartis consideraba que las comercializaciones mencionadas vulneraban gravemente sus derechos de marca, formuló sendas demandas ante el stakingsrechter te Brussel (Juzgado competente de Bruselas para ordenar la cesación de los actos de violación del derecho de marcas) los días 16 de noviembre de 2016 y 28 de julio de 2017.

El órgano judicial resuelve en dos sentencias dictadas el 12 de abril de 2018, ordenando el cese de la práctica descrita. Impexco y PI Pharma interpusieron sendos recursos contra ambos pronunciamientos ante el órgano jurisdiccional que remite las cuestiones prejudiciales, alegando que las prácticas consistentes en utilizar envases y marcas diferentes para un mismo producto contribuyen a una compartimentalización de los mercados de los Estados miembros y, a sus resultas, suponen un menoscabo del comercio dentro de la Unión. Extrapolan, de este modo, la doctrina clásica sobre importación paralela a la situación en la cual se proporciona nueva marca a un medicamento genérico, colocando la marca del medicamento de referencia sobre este, cuando ambos han sido comercializados en el Espacio Económico Europeo (EEE) por empresas vinculadas económicamente.

Por su parte, Novartis mantiene que el derecho conferido por la marca solo puede agotarse respecto de productos comercializados en el EEE bajo dicha marca por el titular o con su consentimiento, y no en el supuesto de que un importador paralelo coloque una nueva marca en los productos de que se trate.

En atención a tales circunstancias, el hof van beroep te Brussel (Tribunal de apelación de Bruselas), al entender que los litigios pendientes suscitaban cuestiones de interpretación del Derecho de la Unión, decidió suspender el procedimiento y formular tres cuestiones prejudiciales fundadas en términos idénticos para los dos asuntos que se le habían planteado:

A.- En la primera pregunta si los arts. 34 y 36 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE– deben ser interpretados en el sentido de que si un medicamento de marca (de referencia) y otro genérico son comercializados en el EEE por empresas vinculadas económicamente, la oposición del titular de la nueva marca a la comercialización del genérico por un importador paralelo, tras reenvasarlo y colocarle la marca del medicamento de referencia, puede suponer una compartimentar de forma artificial los mercados de los Estados miembros.

B.- La segunda de las interrogantes solo tiene sentido en el supuesto de una respuesta positiva a la previa, y lleva a solicitar el parecer sobre si debería examinarse la oposición del titular de la marca a la colocación de una marca nueva con arreglo a los requisitos establecidos en la sentencia que resolvió el asunto Bristol-Myers Squibb, las conocidas como “condiciones BMS” o los “requisitos BMS”.

C.- Por último, plantea si tiene alguna relevancia el hecho de que el medicamento de marca y el genérico sean idénticos, o tengan la misma eficacia terapéutica, en el sentido que dispone la normativa belga al respecto.

En su repuesta, aunque invirtiendo los términos bajo los cuales la emite, el TJUE reconoce el derecho de oposición del titular a que su marca se aplique a un producto reenvasado a menos que concurren dos requisitos acumulativos: de un lado, las condiciones BMS; de otro, y como singular y original desarrollo, la exigencia de que el medicamento (en esta ocasión tanto el de referencia como el genérico) sea idéntico.

2. EL RECUERDO DE LA DOCTRINA GENERAL SOBRE EL DERECHO DE MARCA Y EL COMERCIO PARALELO COMO CONTEXTO DEL PROBLEMA SUSCITADO POR EL REETIQUETADO Y REENVASADO DE MEDICAMENTOS

Ajustándose al esquema de las sentencias de la misma fecha que van a ocuparse del problema de los dispositivos de seguridad en los supuestos de reenvasado y reetiquetado de medicamentos¹, la aquí y ahora comentada principia rememorando algunos aspectos medulares en torno al derecho de marca y su agotamiento como presupuesto del comercio paralelo; a renglón seguido, hace lo propio con los problemas particulares del reenvasado y reetiquetado de medicamentos en tal ámbito.

2.1. El agotamiento de marca y el comercio paralelo como marco

A modo de preliminar obligado, el TJUE recuerda cómo, en virtud del art. 9 del Reglamento (CE) 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria (versión codificada) y del art. 5 de la Directiva 2008/95 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marca (versión codificada), el registro de una marca confiere a su titular un derecho exclusivo que, entre otras facultades, recoge la de prohibir a cualquier tercero el uso en el tráfico económico, sin su consentimiento, de un signo idéntico a esa marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que está registrada. Entre algunos de los tipos de usos que de manera no exhaustiva enuncia figura el de prohibir la colocación del signo de que se trate en los productos o en su embalaje e importar y comercializar productos con ese signo.

De modo pedagógico, reproduce un pasaje bien conocido: “el derecho exclusivo del titular de la marca se concedió para permitir a este proteger sus intereses específicos como titular de dicha marca, es decir, para garantizar que la marca pueda cumplir las funciones que le son propias. Por lo tanto, el ejercicio de este derecho debe quedar reservado a los casos en los que el uso del signo por un tercero menoscabe o pueda menoscabar las funciones de la marca. Entre dichas funciones no solo figura la función esencial de la marca, consistente en garantizar a los consumidores la procedencia del producto o del servicio, sino también sus demás funciones, como, en particular, la consistente en garantizar la calidad de ese producto o de ese servicio, o las de comunicación, inversión o publicidad”.

Sentado lo cual confirma que, a tenor de cuanto disponen tanto el art. 13 del Reglamento 2007/9, como el art. 15 de la Directiva 2008/95, el derecho conferido por la marca no permitirá prohibir su uso para productos comercializados en la Unión Europea con dicha marca, ya sea directamente por su titular, ya con su consentimiento, salvo “cuando existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la

¹ SSTJUE de 17 de noviembre de 2022, C-147/20, asunto *Novartis Pharma*; C-204/20, asunto *Bayer Intellectual Property*; y C-224/20, asunto *Merck, Sharp & Dohme y otros*.

comercialización ulterior de los productos, en especial cuando el estado de los productos se haya modificado o alterado tras su comercialización”.

Así, y en el ámbito del EEE, únicamente cabrá admitir restricciones a la libre circulación de las mercancías en la medida en la cual estén justificadas por la protección de la propiedad industrial y comercial (arts. 34 y 36 TFUE), que en el caso del derecho de marca se consigue y agota atribuyendo al titular el derecho a poner el producto en circulación por primera vez. Ir más allá, y mantener esa exclusividad sobre posteriores comercializaciones, implicaría monopolizar la comercialización de las mercancías identificadas con la marca, lo cual excede de las funciones asignadas a esta y resulta contrario a aquel principio inspirador desde el origen del mercado común².

En consecuencia, efectuada la primera comercialización (a entender no como simple puesta en el mercado, sino como el dato de haber hecho efectivo el valor o aprovechamiento económico de la marca³), o conferido el consentimiento a tal propósito, ha lugar a aquel agotamiento y a la plena licitud de las importaciones paralelas, para así reconciliar las reglas de la libertad de circulación de mercancías con los derechos nacionales de propiedad intelectual⁴.

En este sentido, el titular no podrá impedir que un tercero adquiera los productos identificados con su marca en otro mercado donde se venden a un precio inferior, y los importe y comercialice en cualquier territorio del EEE, compitiendo en precio con los distribuidores oficiales⁵. Queda garantizada, por ende, la sana disputa, pues el distribuidor paralelo comienza a competir con el fabricante, siendo el consumidor el encargado de establecer la diferencia entre uno y otro⁶.

² LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M.: “El agotamiento de marca”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 223, 1997, págs. 117 y ss. o FERNÁNDEZ-NOVOA RODRÍGUEZ, C.: *Tratado sobre Derecho de Marcas*, 2.ª ed., Madrid (Marcial Pons), 2004, pág. 462 y ss.

³ Examinando las variantes en la doctrina del Tribunal de Justicia al respecto, MARTÍNEZ BALMASEDA, A.: “Aproximación al agotamiento del derecho de marca: entre la protección de la propiedad industrial y la libre competencia”, *La Ley Mercantil*, núm. 32, 2017, págs. 3-4. Sobre la “doctrina de la primera venta” (*first sale doctrine*), imprescindible la aportación de CALBOLI, I.: “Trademark exhaustion in the European Union: Community-wide or international? The saga continues”, *Marquette Intellectual Property Review*, Vol. 6, núm. 1, 2002, págs. 47 y 48.

⁴ FENNELLY, N.: “Rules and exceptions: Freedom of movement and intellectual property rights in the European Union”, en AA.VV. (HANSON, H. C., Eds.): *International Intellectual Property Law & Policy*, Vol. 5, Nueva York (Juris Publishing), 2003, pág. 33

⁵ GÓRRIZ LÓPEZ, C.: “Importaciones paralelas y agotamiento del derecho de marca”, en AA.VV. (MORRAL SOLDEVILLA, R., Dir.): *Problemas actuales de Derecho de la Propiedad Industrial. II Jornadas de Barcelona*, Cizur Menor (Civitas/Thomson), 2012, págs. 55 y ss.

⁶ MARTÍN MUÑIZ, J.: *El llamado comercio paralelo en el Derecho Mercantil Europeo*, Madrid (Comillas), 2001, págs. 23 y 24 o ANTÓN JUÁREZ, I.: *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, Madrid (La Ley), 2015, pág. 112.

Está en disposición de provocar, a su través –y en teoría–, un doble efecto beneficioso: de un lado, evitar la compartimentalización de mercados a la cual tiende el titular de la marca en su aspiración por maximizar beneficios a través de una comercialización del producto en ámbitos diferentes a distintos precios, para así obtener el mayor rendimiento en cada uno de ellos en función de variables tales como costes de producción, nivel adquisitivo de consumidores, etc.⁷; de otro, y con la entrada de los importadores paralelos (siempre y cuando consigan vencer los sistemas cerrados de distribución, en particular la distribución selectiva⁸), el beneficio final para los consumidores de obtener igual calidad a menor coste.

He ahí la razón por la cual, frente a una alternativa restrictiva de agotamiento nacional, o excesivamente amplia con extensión mundial, en el ámbito de la Unión Europea se ha optado por una armonización completa de los derechos conferidos por la marca, como única forma de alcanzar plenamente la finalidad de salvaguardia del mercado regional interior, según proclama el Tribunal de Justicia, al impedir a los Estados miembros la posibilidad de prever en los ordenamientos nacionales el agotamiento internacional. Favorece, de este modo, una situación equilibrada entre los derechos del consumidor europeo y la protección de la industria comunitaria⁹.

2.2. El problema general del reenvasado y reetiquetado de medicamentos en el comercio paralelo

En el juego descrito del agotamiento de marca, y dentro del espacio abierto al comercio paralelo, viene a suscitarse la cuestión tradicional que guarda relación con las marcas farmacéuticas y los supuestos en los cuales, tras la comercialización de un medicamento por parte del titular o con su consentimiento, un tercero procede a su

⁷ En su aplicación al mercado farmacéutico que aquí concita atención, especialmente sugerente la obra de DREXL, J.: “EU Competition Law and parallel trade in pharmaceuticals: Lessons to be learned for WTO/TRIPS?”, en AA.VV. (ROSEN, J., Dir.): *Intellectual property and the crossroads of trade*, Cheltenham (Edward Elgar), 2013, págs. 5 y ss.

⁸ FERNÁNDEZ-LASQUETTY QUINTANA, J. y DESANTES REAL, M.: “Marcas e importación paralela. El agotamiento comunitario e internacional”, en AA.VV. (MUÑOZ DEL CAZ, E. y ORTEGA BURGOS, E., Dirs.): *Distribución comercial: todas las claves de la distribución desveladas por las grandes compañías del sector*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2017, págs. 1381-1400. Los elementos clave del problema ya en GÓMEZ LÓPEZ, C.: *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Cizur Menor (Civitas/Thomson), 2007.

⁹ SSTJCE de 16 de julio de 1998, C-355/96, asunto *Silhouette*; y de 1 de julio de 1999, C-173/98, asunto *Sebago*. Un comentario especialmente sugerente en RUIZ PERIS, J. I.: “Agotamiento comunitario de la marca y agotamiento internacional en la doctrina del Tribunal de Justicia”, en AA.VV. (VILATA, S., Coord.): *El papel de la jurisprudencia del TJCE en la armonización del Derecho Europeo*, Valencia (Universidad de Valencia/Generalitat Valenciana), 2005, págs. 353 y ss.; también hartamente ilustrativo el resumen de GARCÍA VIDAL, A.: “El alcance territorial del agotamiento de marca en la reciente jurisprudencia del TJCE”, *Actas de Derecho Industrial*, T. XX, 1999, págs. 567 y ss., en particular pág. 587.

reetiquetado o reenvasado para comercializarlo en un Estado al cual lo importa¹⁰. El motivo de conflicto radica en que los titulares de la marca ven en tales actividades, con relativa frecuencia, la concurrencia del motivo fundamental para hacer operativa la excepción al agotamiento analizado; a saber, la protección al consumidor y, al tiempo (y a su través), la garantía del origen del producto a adquirir¹¹, por cuanto se consigue evitar su modificación o alteración después de producida la comercialización en el interior del EEE¹².

Poco importará, por ende, si el motivo del reetiquetado o reenvasado tiene que ver, por ejemplo, con cubrir las exigencias recogidas en la norma del país de importación¹³, con la necesidad de traducción para que el lenguaje sea el utilizado por el potencial adquirente, con hacerlo más atractivo para el consumidor final en el Estado donde va a ser importado, con responder a las expectativas del país destinatario o con cualesquiera otros¹⁴. Lo realmente trascendente es que el enfrentamiento de intereses ha tenido lugar con tal frecuencia e intensidad como para generar un destacado cuerpo de jurisprudencia, cuyos cimientos quedaron asentados a finales de los años setenta del pasado siglo, pero ha encontrado continuidad a través de cuanto, no sin razón, se ha denominado “la saga de nunca acabar sobre reenvasado y uso de marca”¹⁵.

De entrar a su análisis, cabrá comprobar cómo el Tribunal de Justicia ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse sobre el agotamiento de marca y los márgenes de la excepción que abre la oposición legítima del titular a la comercialización ulterior de sus productos si han sido reenvasados por un tercero, o reetiquetados (cuando tal fuera el elemento de disputa¹⁶), aunque esta última resulte ser siempre la forma menos

¹⁰ Su descripción y la frecuencia con que se manifiesta en ABEDI VALUGERDI, N.: *Parallel trade of pharmaceutical drugs within the European Union. A Competition Law perspective*, Tesis Doctoral, Estocolmo (Universidad de Estocolmo), 2017, págs. 30-32, en <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1164374/FULLTEXT01.pdf>.

¹¹ Por extenso, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, C.: *Los motivos legítimos que impiden el agotamiento de las marcas*, Granada (Comares), 2005, págs. 116 y ss.

¹² ARMENGOD, H. y BAUDENBACHER, L. M.: “The repackaging of pharmaceutical products and parallel trade in the EU”, *RAJ Pharma*, diciembre 2009, pág. 783, en <https://www.lw.com/thoughtLeadership/repackaging-of-pharma-products-and-parallel-trade-in-eu>

¹³ Un elenco en KOUTRAKOS, P.: “Search of a common vocabulary in free movement of goods: The exemple of repackaging pharmaceuticals”, *European Law Review*, núm. 1, 2003, pág. 54; también ARIKAN, O.: *The expansion of trademark protection under article 5(1) (a) of the European Trade Mark Directive and its impact on parallel importation*, Tesis Doctoral, Manchester (Universidad de Manchester), 2014, pág. 221, en <https://www.escholar.manchester.ac.uk/api/datastream?publicationPid=uk-ac-man-scw:259977&datastreamId=FULL-TEXT.PDF>.

¹⁴ HARRIS, K.: “Parallel imports: the never-ending saga on repackaging and use of trade marks may finally ending... and not before time”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 1, núm. 9, 2006, págs. 564 y ss.

¹⁵ Sobre esta extensión y los elementos de semejanza y diferenciales, KUR, A. y DRIER, Th.: *European Intellectual Property Law: Texts, cases and materials*, Cheltenham (Edward Elgar), 2013, págs. 227.

¹⁶ STJCE de 16 de abril 1991, C-347/89, asunto *Freistaat Bayern c. Eurim-Pharm*.

intrusiva de acceder a un concreto mercado¹⁷ con el propósito final de importarlos a otro Estado miembro.

En dos sentencias emblemáticas, antes incluso de la aprobación de la primera Directiva (89/104/CEE), sentó las bases en virtud de las cuales acabará afirmando que el titular de la marca no podrá oponerse al reenvasado posterior de los productos comercializados con la suya, por considerar que, de hacerlo, podría llevar a una restricción encubierta del comercio¹⁸.

Su construcción, afinada poco a poco a lo largo del tiempo, lleva a la formulación que recoge el pronunciamiento comentado, construido sobre cuanto disponen el artículo 13, apartado 2, del Reglamento nº 207/2009 y del artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2008/95, de los cuales se desprende que “la oposición del titular de la marca al reenvasado, por ser una excepción a la libre circulación de mercancías, no se puede admitir si el ejercicio, por parte del titular, del derecho conferido por la marca constituye una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros en el sentido del artículo 36 TFUE, segunda frase”¹⁹.

La razón fundamental viene dada por el dato de que el objetivo del derecho de marca no radica en permitir a los titulares compartimentalizar los mercados nacionales y favorecer así el mantenimiento de las diferencias de precio que existan entre los Estados miembros; mucho menos aún si el reenvasado tiene lugar de tal manera que se respetan los intereses legítimos del titular de la marca, lo cual implica, en particular, que no afecta al estado original del medicamento o no está en disposición de perjudicar la reputación de la marca²⁰.

Con todo, no puede dejar de hacerse eco reiterado de otros dos factores que pesan en el lado contrario de la balanza: de un lado, “el reenvasado de un producto que lleva una marca efectuado por un tercero sin la autorización del titular, puede crear riesgos reales por la garantía de procedencia de dicho producto”; de otro, “dado que la imposibilidad de que el titular invoque su derecho de marca para oponerse a la comercialización, con su marca, de productos reenvasados por un importador equivale a reconocer a este último una cierta facultad que, en circunstancias normales, está reservada al propio titular, procede, en interés del titular en su condición de propietario de la marca y para protegerlo contra cualquier abuso, no admitir esta facultad más que en la medida en que el importador respete algunas otras exigencias”²¹.

¹⁷ Sirva la opinión del Abogado General en el caso decidido por la STJCE de 6 de abril de 2006, C-348/04, asunto *Boehringer Ingelheim y otros*.

¹⁸ SSTJCE de 23 de mayo de 1978, C-102/77, asunto *Hoffmann-La Roche c. Centrafarm*; y de 3 de diciembre de 1981, C-1/81, asunto *Pzifer c. Eurim-Pharm*. Sobre la importancia de estos dos pronunciamientos, FORRESTER, I.: “The repackaging of trade marked pharmaceuticals in Europe: Recent developments”, *European Intellectual Property Review*, Vol. 22, núm. 11, 2000, pág. 516.

¹⁹ STJUE de 17 de mayo de 2018, C-642/16, asunto *Junek Europe-Vertrieb*.

²⁰ SSTJEU de 10 de noviembre de 2016, C-297/15, asunto *Ferring*; y de 17 de mayo de 2018, C-642/16, asunto *Junek Europ-Vettrieb*.

²¹ SSTJUE de 28 de julio de 2011, C-400/09 y C-207/10, asunto *Orifarm y otros*; y de 17 de mayo de 2018, C-642/16, asunto *Junek Euro-Vertrieb*.

Sigue así la doctrina de las que son conocidas como “condiciones BMS” (o nombrados como “requisitos BMS”), en virtud de las cuales el titular de la marca, en principio, puede oponerse legítimamente a la comercialización ulterior en un Estado miembro de un producto farmacéutico designado con su marca e importado de otro Estado miembro, cuando el importador de ese producto lo ha reenvasado y ha colocado nuevamente dicha marca. Tal es así a menos que concurran cuanto originariamente fueron cuatro condiciones²², y acabaron consolidándose en cinco a partir del pronunciamiento que proporciona la denominación a través de acrónimo²³, a saber:

1.- La necesidad de reetiquetado o reenvasado. Vinculada, de manera principal, pero no únicamente²⁴, al dato de evitar una restricción a la competencia que lleve a compartimentar artificialmente los mercados de los Estados miembros. A tal fin dibuja cinco circunstancias fundamentales para ponderar el requisito: a) Cabrá entender exigible el reembalaje si en el Estado miembro de importación existan normas o prácticas que impidan comercializar tal producto en su mercado con la marca que ostenta en el Estado miembro de exportación²⁵. b) Igual justificación cabe obtener cuando “exista en el mercado, o en una parte importante de este, una resistencia tan fuerte de una proporción significativa de consumidores frente a los medicamentos reetiquetados que el acceso efectivo al mercado se considere obstaculizado”²⁶; dando pie, de este modo, al “test de la preferencia del consumidor”, demandando prueba del importador a estos efectos sobre la necesidad del reenvasado “por razones prácticas”²⁷. c) Podrá tener lugar sin

²² Las cuatro primeras ya en los conocidos supuestos dados por SSTJCE de 23 de mayo de 1978, C-102/77, asunto *Hoffmzun-La Roche c. Centrafarm*; y de 3 de diciembre de 1981, C-1/81, asunto *Pzifer c. Eurim-Pharm*.

²³ Incorporado la que será la quinta de las BMS, STJCE de 11 de julio de 1996, C-427/93, C-429/93 y C-436/93, asuntos acumulados *Bristol-Myers Squibb y otros c. Paranova*. Asentando el criterio, SSTJCE de 11 de julio de 1996, C-71/94, C-72/94 y C-73/94, asuntos acumulados *Eurim-Pharm c. Beiersdorf y otros* y 11 de julio de 1996, C-232/94, asunto *MPA Pharma c. Rhône-Poulenc Pharma*. Una aplicación ejemplar de esta doctrina en HONKSALO, P.: “Repackaging of pharmaceutical products imported in parallel”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 6, núm. 6, 2011, págs. 365-367.

²⁴ Respecto al carácter abierto de la lista y sus implicaciones, visionario el análisis de CASTRILLO DE LA TORRE, F.: “Trade marks and free movement of pharmaceuticals in the European Community. To partition or not to partition the market”, *European Intellectual Property Review*, Vol. 19, 1997, pág. 306.

²⁵ STJCE de 12 de octubre de 1999, C-379/97, asunto *Upjohn*; resultando ser “un hito particularmente significativo después de la entrada en vigor de la primera Directiva de Marcas”, GRIGIENĚ, J.; CERCA, P. y PERKUMIENĚ, D.: “Can a parallel importer rebrand pharmaceutical products in the EU?”, *Baltic Journal of European Studies*, Vol. 9, núm. 1, 2019, pág. 65.

²⁶ STJCE de 23 de abril de 2002, C-443/99, asunto *Merck, Sharp & Dohme c. Paranova*. Sobre las doctrinas del “objeto específico” y la “función esencial” a partir de este pronunciamiento, PRAT, C.: “Marcas y Derecho de la Competencia: una perspectiva quizá práctica”, *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2001, pág. 421.

²⁷ STJCE de 23 de abril de 2002, C-143/00, asunto *Boehringer Ingelheim y otros*; un comentario muy medido en GROSS, N. y HARROLD, L.: “Fighting for pharmaceutical profits. The decision in *Boehringer v. Swingward*”, *European International Property Review*, Vol. 24, 2002, págs. 497-499.

requerir el sometimiento a criterio de proporcionalidad alguno²⁸, ni a ningún “principio de intervención mínima”²⁹, pues una vez establecido el derecho al reenvasado, el importador operará en pie de igualdad con el productor y titular de la marca. d) Habrá de tener lugar con necesaria demostración, en su caso, de “que el producto solo puede ser comercializado en una parte limitada del Estado de importación”³⁰. e) En fin, y en la más reciente aportación, siempre habrá de llevarse a cabo con escrupuloso respecto a los dispositivos con seguridad cuando fuera precisa la sustitución del embalaje³¹.

2.- Preservación del estado original del producto. De manera tal que “el consumidor o el usuario final no se vea inducido a error sobre la procedencia de los productos, sino que reciba efectivamente productos fabricados bajo el control único del titular de la firma”³². El propio Tribunal ha dado pie a la elaboración de una verdadera lista de presunciones relacionadas con una falta de “directa afectación”, para integrar ejemplos como³³: a) Comercialización del producto en un embalaje doble si el reenvasado solo afecta en sentido estricto a ese envoltorio, dejando intacto el interior. b) Reenvasado controlado por una autoridad pública para garantizar su integridad. c) Retirada de los blísteres, los frascos, los tubos, las ampollas o los inhaladores de su embalaje exterior de origen y colocación en un nuevo exterior. d) Colocación de etiquetas autoadhesivas en los frascos, tubos, ampollas o inhaladores. e) Añadido al empaquetado de nuevos prospectos o folletos informativos redactados en la lengua del Estado de importación. f) Inclusión de un artículo suplementario, como un atomizador, que no procede del titular de la marca. g) Sustitución limitada al embalaje exterior, de nuevo sin modificar el interior, y dejando visible, a través del nuevo, la marca colocada por el fabricante sobre el envase interior. h) Inserción en el envase externo de un prospecto conteniendo indicaciones relativas al medicamento. i) Apertura del embalaje original, bien para colocar una etiqueta, bien para proceder a su reenvasado en cajas diseñadas por el importador con reproducción de la marca, o sin reproducir esta y dejando noticia solo del nombre genérico del producto. j) Colocación de una pequeña etiqueta adicional en una parte no impresa del embalaje original de un envase que, por lo demás, no fue abierto.

²⁸ STEFTA de 8 de junio de 2003, E-3/02, asunto *Paranova c. Merck y otros*; con expresiva valoración, CHEMTOB-CONCÉ, M. C.: “La nécessité d’établir des exigences plus strictes pour le reconditionnement des médicaments importés parallèlement”, *Propriété Industrielle*, núm. 9, 2009, págs. 10-14.

²⁹ STJUE de 22 de diciembre de 2008, C-276/05, asunto *The Wellcome Foundation*.

³⁰ STJUE de 10 de noviembre de 2015, C-297/15, asunto *Ferring*.

³¹ STJUE 17 de noviembre de 2022, C-147/20, asunto *Novartis Pharma*; C-240/20, asunto *Bayer Intellectual Property*; y C-224/20, asunto *Marck Sharp & Dohme y otros*.

³² SSTJCE de 23 de mayo de 1978, C-102/77, asunto *Hoffmann-La Roche c. Centrafarm*; y de 11 de julio de 1996, C-239/94, asunto *MPA Pharma c. Rhône-Poulenc Pharma*.

³³ La consideración, su fundamentación y el elenco-selección en el ilustrativo análisis de YAMPOLSKA, O.: “Trade Marck Law issues related to repackaging of pharmaceutical products in the Europe Union”, *Teoría y Práctica de la Propiedad Intelectual* (trad. rusa), núm. 3, 2014, pág. 59.

Por el contrario, ha estimado que en la operación de manipulación puede verse “indirectamente afectado” si –y “en particular”– concurre una de estas dos circunstancias³⁴: a) El embalaje exterior o interior del producto reenvasado, o el nuevo prospecto o folleto informativo, no incluyen datos importantes o mencionan informaciones inexactas sobre la naturaleza del producto, su composición, sus efectos, su utilización o su conservación. b) El artículo suplementario incluido por el importador en el embalaje, y destinado a la ingestión y dosificación del producto, no respeta el modo de empleo y las dosis previstas por el fabricante.

3.- Identificación del fabricante y del importador. “En interés del titular, como propietario de la marca, y para protegerlo de cualquier abuso”, se estableció desde los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia en la materia que una específica medida a exigir habría de venir dada por el objetivo de que “el consumidor o el usuario final no sea inducido a creer que dicho titular es responsable de dicho reenvasado [para lo cual] debe indicarse en el embalaje quien ha reenvasado el producto”. Igual interés cabría seguir del fabricante “en que no se induzca al consumidor o al usuario final a creer que el importador es titular de la marca y que el producto ha sido fabricado bajo su control”. La reseña requerida ha de figurar en el exterior del embalaje, e “impresa de manera que pueda ser comprendida por una persona con una vista normal y un grado de atención normal”; “en cambio, no puede exigirse que, además, el embalaje señale expresamente que el reenvasado ha sido realizado sin autorización del titular de la marca, ya que tal indicación puede interpretarse (...) como signo de que el producto reenvasado no es totalmente regular”³⁵.

4.- Protección de la regulación de la marca y de su titular frente a los perjuicios de una “presentación inadecuada” del producto. Requerimiento que parte de entender que “un embalaje defectuoso, de mala calidad o descuidado podría perjudicar la reputación de la marca en circunstancias tales como las que concurren cuando quien reenvasa: a) No incluya la marca en el nuevo embalaje externo (*de-branding*). b) Aplique en el nuevo embalaje exterior su propio logotipo o su propio estilo o presentación o una presentación que utiliza para unos productos diferentes (*co-branding*). c) Adhiera una etiqueta externa adicional de modo que oculte total o parcialmente una de las marcas del titular. d) No señale en la etiqueta adicional que la marca de que se trata pertenece a su titular. e) Imprima su nombre en letras mayúsculas”³⁶.

³⁴ Los supuestos de STJCE de 11 de julio de 1996, C-427/93, C-429/93 y C-436/93, asuntos acumulados *Bristol-Myers Squibb c. Paranova*.

³⁵ STJCE de 11 de julio de 1996, C-427/93, C-429/93 y C-436/93, asuntos acumulados *Bristol-Myers Squibb c. Paranova*; y 11 de julio de 1996, C-232/94, asunto *MPA Pharma c. Rhône-Poulenc Pharma*. Con mayor detalle aún, STJUE de 28 de julio de 2011, C-400/09 y C-207/10, asuntos acumulados *Orifarm y otros y Paranova y otros*. Un comentario imprescindible sobre esta exigencia en FORN, F.: “Il fármaco di importazione parallela ha trovato l'autore del suo riconfezionamento”, *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, Vol. LII, núm. 1-2, 2013, págs. 113-118.

³⁶ Los ejemplos de STJCE 26 de abril de 2007, C-348/04, asunto *Boehringer Ingelheim y otros*.

5.- El aviso previo al titular de la marca sobre la puesta a la venta del producto reenvasado. La finalidad radica en “poder verificar que el reenvasado no se ha realizado de forma que afecte directa o indirectamente al estado original del producto y que la presentación después del reenvasado no perjudique la reputación de la marca”. Lo cual, además, le permitirá “protegerse mejor de las actividades de quienes infringen el derecho de marca”³⁷. Precisando aún más, se añade que es el importador paralelo quien debe advertir al titular de marca, “por sí mismo”, “en todo caso” y dentro de “un plazo razonable”, sobre el reenvasado previsto con el propósito de que pueda efectuar –si así lo estima pertinente– una defensa eficaz de sus derechos³⁸.

3. LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA GENERAL AL REENVASADO DE MEDICAMENTOS GENÉRICOS CON LA MARCA DEL MEDICAMENTO DE REFERENCIA PARA SU IMPORTACIÓN PARALELA

Aunque en España el índice de penetración de los medicamentos genéricos se ha estancado en una cuota de mercado del 41% en unidades y un 21% en valores, su importancia en Europa ha crecido progresivamente hasta alcanzar un porcentaje del 65% en unidades y un 25% en valores³⁹, previéndose que su fomento a través de una decidida ejecución de la Estrategia Farmacéutica Europea al respecto lleve, a corto plazo, a mejorar tales cuotas a un 80% y un 28% a nivel supranacional, con el correlativo incremento en el ámbito nacional⁴⁰.

La aparición de los genéricos, con la consiguiente reducción en el precio del producto original antes de la expiración de la patente en un importe próximo al 60%⁴¹, supuso introducir un importante elemento de competencia en un mercado que tiende al oligopolio. De ahí la obligada adaptación en las estrategias comerciales de las grandes multinacionales⁴², que toma la doble forma de una reducción de los precios a la

³⁷ STJCE de 11 de julio de 1996, C-427/93, 429/93 y 436/93, asunto *Bristol-Myers Squibb c. Paranova*.

³⁸ STJCE de 23 de abril de 2002, C-143/00, asunto *Boehringer Ingelheim y otros*.

³⁹ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC): *Estudio sobre el mercado de distribución mayorista de medicamentos (E/CNMC/002/17)*, Madrid (CNMC), 2022, págs. 110-144, en <https://www.cnmc.es/expedientes/ecnmc00217>; de manera harto ilustrativa, la comparativa entre los mercados europeo y nacional en RODRÍGUEZ DE LA CUERDA, A. L.: “El sector de los medicamentos genéricos en España”, *Papeles de Economía Española*, núm. 182, 2019, pág. 194, gráfico 1.

⁴⁰ COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones sobre una Estrategia farmacéutica para Europa*, COM (2020) 761 final.

⁴¹ Las cifras en ZOZAYA GONZÁLEZ, A.: *Políticas de incentivación de los medicamentos genéricos en la UE*, Madrid (Fundación Weber), 2017, pág. 3.

⁴² BOMBILLAR SÁENZ, F. M.: “Patentes farmacéuticas y derecho de acceso al medicamento: un viraje desde la República de Venecia a la de Sudáfrica, pasando por la ciudad de Doha”, en AA.VV. (BALAGUER CALLEJON, F. y ARANA GARCÍA, E.,

expiración de la patente y la creación de filiales para comercializar genéricos de sus propios medicamentos.

Por cuanto a la primera medida hace, siguen incidiendo en el reverdecimiento de patentes, patentes secundarias o satélites (el conocido *evergreennig*, no en vano no describen una nueva molécula o producto genérico, sino una nueva presentación, uso, combinación o formato)⁴³ y, también, en la presión sobre los Estados miembros con el propósito para que persistan en las confiscaciones a la exportación de genéricos en tránsito a terceros países por puertos y aeropuertos de Europa invocando a tal fin la violación de la normativa común⁴⁴. Sin embargo, la medida más eficaz para mantener la posición hegemónica ha sido la de una apertura a competir mediante precio⁴⁵. A este fin, cabrá sopesar cómo –frente a cuanto ocurre con los biosimilares– los genéricos son obtenidos mediante síntesis química, lo cual implica que quepa conseguir copias exactas y se esté en disposición de realizar la autorización para la comercialización respecto de todas sus indicaciones, lo cual no ocurre con otros que fabriquen el genérico, en tanto solo podrán aspirar a incluir todas las indicaciones si disponen del permiso del titular del medicamento –aun cuando sea mediante la autorización tácita de no querer litigar– o si este no puede impedirlo por caducidad de la patente de segunda indicación. De este modo los grandes fabricantes podrán adoptar decisiones que pueden ir desde comercializar genéricos que no contengan todas las indicaciones, hasta hacer lo propio con principios activos que, con la misma composición cualitativa y cuantitativa, han sido patentados para distintas indicaciones, diferenciando a través de marca cuanto no se distingue desde otro punto de vista⁴⁶.

Respecto al segundo de los aspectos apuntados, una de las estrategias favoritas ha sido la de diseñar grupos de empresas en cuyo seno la matriz crea filiales para comercializar los genéricos de sus medicamentos de referencia. Elaborados, en

Coords.) *Libro Homenaje al Profesor Rafael Barranco Vela*, Vol. 1, Cizur Menor (Aranzadi/Thomson), 2014, págs. 72-92; en particular, págs. 85-87.

⁴³ LEMA SPINELLI, S.: “Acceso a los medicamentos: las patentes y los medicamentos genéricos. Las consecuencias de considerar al medicamento como un bien de mercado y no social”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 34, 2015, pág. 85.

⁴⁴ ALLARA SOTO, R.: “El acceso a los medicamentos: conflictos entre los derechos de propiedad intelectual y protección de la salud pública”, *Acta Bioethica*, Vol. 21, núm. 1, 2015, págs. 86 y 87.

⁴⁵ NOGUERA PEÑA, A. y DEL CASTILLO RODRÍGUEZ, C.: “Los medicamentos biosimilares como medicamentos esenciales: reflexiones éticas y legales”, *Medicina y Ética*, Vol. 34, núm. 2, 2023, pág. 485.

⁴⁶ Obra una razón doble, legal y científica. Desde este último plano, resulta absurdo pensar que un determinado principio activo va a diferenciar su actividad farmacológica en función del nombre del envase que lo contiene, habiendo demostrado su intercambiabilidad; desde el primero, tanto el legislador europeo como el nacional entienden que la patente de segunda indicación no tiene por qué otorgar protección adicional a la patente de primera indicación ya vencida, motivo por el cual se permite la salida al mercado de un genérico sin todas sus indicaciones. Por extenso, VILLAMAÑÁN, E. *et alii*: “Juego de patentes. Sobre medicamentos genéricos y biosimilares”, *Revista de Calidad Asistencial*, Vol. 31, núm. 2, 2016, págs. 101 y 102.

consecuencia, por el mismo que fabrica el original, pero bajo marca distinta y titular diferente (así ocurre, por ejemplo, con Tedec-Meiji y Mabo, Sanofi y Winthrop o, y por cuanto importa al supuesto aquí analizado, Novartis y Sandoz). Con esta decisión se evita cualquier problema de patente y la ficha técnica puede contener todas las indicaciones, no en vano se trata del mismo producto al cual se cambia el etiquetado primario y secundario para poner las siglas EFG, y sale al mercado para competir con los demás genéricos sin necesidad de demostrar que es intercambiable; motivo por el cual algunos los denominan, de manera harto sugestiva, como “autogénicos”⁴⁷.

Una planificación tan agresiva para mantener la hegemonía en el sector, proyectándola sobre la nueva rama de negocio abierta por los genéricos, no podía quedar sin respuesta por los importadores paralelos, privados a su través de un ámbito de actuación sustancial y de un margen de beneficio considerable.

Esta replica ha tomado la forma descrita en los antecedentes de la sentencia comentada, consistiendo en la importación de los medicamentos genéricos que comercializan las filiales de las multinacionales en un Estado miembro donde tienen un precio inferior, para hacer lo propio con la marca del medicamento de referencia en otro Estado donde su precio es considerablemente más elevado.

El razonamiento seguido para alcanzar la declaración final que el TJUE convierte en doctrina consta de dos partes bien diferenciadas: en primer lugar, analiza el requisito legal relativo a un medicamento “idéntico” en todos los aspectos cuando la relación afecta a uno de referencia y a su variante genérica; en segundo término, y en atención a aquella conclusión, le aplica la doctrina general sobre reenvasado y reetiquetado.

3.1. Sobre si los medicamentos genéricos pueden considerarse idénticos a los de referencia a efectos de entender agotado el derecho de marca

La jurisprudencia europea ha insistido siempre en que una de las maneras fundamentales de compartimentar de forma artificial los mercados radica en el hecho de que el titular de la marca se oponga a la sustitución de la empleada en el Estado de exportación por la utilizada en el de importación, siempre y cuando sea necesaria para que el importador paralelo pueda comercializar el producto en este último Estado. Eso sí, en todos los casos exige que el medicamento comercializado bajo marcas diferentes sea “idéntico”.

El problema radica en valorar si un medicamento genérico puede o no ser considerado idéntico a su medicamento de referencia. En este sentido, el juzgador valora dos conclusiones del Abogado General antes de emitir su parecer (las enunciadas en los puntos 65 y 66): de un lado, “la composición del medicamento de referencia puede ser diferente de la del medicamento de referencia en lo que atañe a la forma farmacéutica, las forma química de la sustancia activa y sus excipientes” (expuesto ha

⁴⁷ PAREDERO DOMÍNGUEZ, J. M.: “Las indicaciones y marcas de los medicamentos genéricos”, *Farmacéuticos de Atención Primaria*, Vol. 8, núm. 1-3, 2010, págs. 10 y 11.

quedado, además, que algunos genéricos no contienen todas las indicaciones del medicamento de referencia, al igual que hay principios activos que, con la misma composición, han patentado diferentes indicaciones⁴⁸); de otro, y en particular cuando se trata de medicamentos denominados “de estrecho índice terapéutico”, podría resultar contraindicada por razones médicas la sustitución de un medicamento por otro equivalente, ya sea de referencia o genérico.

Haciendo suya tal premisa, la sentencia hace una afirmación de base: “considerar que, en la medida, en que son equivalentes desde un punto de vista terapéutico, un medicamento de referencia y su variante genérica constituye productos idénticos (...) podría inducir a error a los profesionales de la salud y a los pacientes en cuanto a la composición exacta del medicamento de que se trate, con consecuencias potencialmente graves para la salud de estos últimos”. A partir de tal consideración, reitera la regla con arreglo a la cual el reenvasado en un embalaje exterior de un medicamento en el que figure la marca de otro solo es posible cuando se trate de un medicamento idéntico; sin embargo, añade un matiz trascendente en esta ocasión, pues especifica que ha de ser idéntico “en todos los aspectos”.

Añade un ejemplo donde tal podría caber –además lo resalta cuando indica que acaece “en particular”–, cual sería el “de un medicamento de referencia y de un medicamento genérico fabricados por la misma entidad o por entidades económicamente vinculadas y que, en realidad, constituyen un único producto”.

Al margen de los cuantos aquí ya han sido catalogados como “autogénicos”, por tanto, no resuelve si puede haber identidad sin origen común⁴⁹, aun cuando todo indica que puede ser muy onerosa la carga de la prueba que pese sobre el importador paralelo en el caso en concreto.

3.2. Otros obstáculos al reenvasado genérico con utilización de la marca de los medicamentos de referencia

Por si no fuera suficiente obstáculo el proporcionado por la exigencia de identidad de los medicamentos en todos los aspectos, y tras reiterar la doctrina general sobre reenvasado de medicamentos, extrae otras dos notas que son otros tantos obstáculos a la posibilidad planteada⁵⁰:

⁴⁸ El razonamiento, con ejemplos harto ilustrativos, en PARADERO DOMÍNGUEZ, J. M.: “Las indicaciones y marcas de los medicamentos genéricos”, cit., págs. 7-10.

⁴⁹ Dejando planteado el interrogante, pero sin emitir su parecer al respecto, ALCOVER, L.: “Reenvasado y reetiquetado en las importaciones paralelas de medicamentos”, *Cápsulas*, núm. 233, enero 2023, pág. 1, en <https://faus-moliner.com/reenvasado-y-reetiquetado-en-las-importaciones-paralelas-de-medicamentos/>.

⁵⁰ Ilustrativa su valoración en GRUNDMANN, U. H. y KOHOUTEK, E.: “Goodbye reboxing! European Court of Justice restricts parallel import of medicines”, *Blog King & Spalding*, 8 diciembre 2022, en <https://www.kslaw.com/news-and-insights/goodbye-reboxing-european-court-of-justice-restricts-parallel-imports-of-medicines>.

En primer lugar, y haciendo suyo otra vez el parecer del Abogado General (punto 73 de sus conclusiones), afirma que “un Estado miembro no puede, en principio, denegar la concesión de una autorización de importación paralela de un medicamento genérico cuando el medicamento de referencia correspondiente dispone de una autorización de comercialización en ese Estado miembro, a menos que tal denegación esté justificada por razones de protección de la salud y vida de las personas”⁵¹. Por consiguiente, “el requisito de necesidad (...) no puede cumplirse cuando un medicamento genérico se corresponde en todos los aspectos con el medicamento de referencia que se beneficia de tal autorización, ya que, en tal caso, debe considerarse que el importador paralelo puede comercializar el medicamento genérico con su marca de origen”.

En segundo término, evoca que “el derecho del titular de una marca a oponerse a la comercialización, bajo dicha marca, de productos reenvasados por un importador paralelo no puede limitarse cuando la sustitución de la marca de origen por otra marca del titular esté motivada exclusivamente por la búsqueda de una ventaja económica, como ocurre, en particular, cuando un operador económico pretende aprovecharse del renombre de la marca de un medicamento de referencia o posicionar un producto en una categoría más rentable”.

4. CONCLUSIÓN

Las exigencias de que el medicamento sea “idéntico en todos los aspectos” a la versión genérica limita de manera decisiva el intento de los importadores paralelos de reenvasar los genéricos comercializados en el país de exportación colocando la marca de su medicamento de referencia en el Estado de importación. El intento no estaba exento de apoyo en la evidente compartimentalización artificial que han logrado las multinacionales a través de la creación de filiales para comercializar el producto que fabrica la matriz; sin embargo, aquella exigencia, si unida a que no va a poder comercializar el medicamento genérico con su marca de origen cuando la pretensión última radique en apoderarse del renombre de la marca del medicamento referencia para obtener una mayor rentabilidad, han venido a comprometer de manera casi definitiva una pretensión tan ingeniosa como falta de razón final y formal.

⁵¹ Así lo declara de manera expresa, en este contexto, la STJUE de 3 de julio de 2019, C-387/18, asunto *Delfarma*.

C) RECENSIONES DE
LIBROS Y BIBLIOGRAFÍA

LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LA POBLACIÓN PENITENCIARIA EN UN CONTEXTO DE DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA, SANITARIA Y SOCIAL

Beatriz Agra Viforcós

Madrid (REUS), 2023, 1ª edición, 239 páginas

ISBN: 978-84-290-2754-9

Ana Castro Franco

Personal Docente e Investigador FPU, Ministerio de Universidades
Universidad de León

El ingreso en prisión no implica la pérdida del derecho a la protección de la salud, si bien dicha circunstancia lleva aparejada una serie de particularidades a tomar en consideración. Los ciudadanos ostentan los derechos consagrados en la Constitución Española, con independencia de su entrada en prisión, con las únicas limitaciones derivadas de la ley penitenciaria, así como del contenido de la resolución judicial correspondiente. Ahora bien, la particularidad del entorno y las características propias de la población penitenciaria conllevan una especial vulnerabilidad. El art. 43 CE establece el derecho a la protección de la salud, encomendando a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas, prestaciones y servicios necesarios. El precepto emplea una fórmula abierta a una interpretación gradual capaz de adaptarse a las circunstancias. La incorporación de dicha obligación de medios compele a los responsables a desplegar cuantas acciones estén dirigidas a preservar el bien jurídico, adoptando un enfoque proactivo para su efectiva protección. Este derecho enfrenta serias dificultades en el ámbito penitenciario debido al generalizado superior deterioro de la salud tanto física como psíquica, a consecuencia del entorno, de las particularidades del colectivo de internos y de los rasgos distintivos de la asistencia sanitaria penitenciaria. No se trata de convertir a los reclusos en titulares privilegiados del derecho a la salud, sino de reconocer la necesidad de dotar de efectividad real a aquel derecho en una relación de especial sujeción y vulnerabilidad, dada la naturaleza inherente al vínculo de unión entre el interno y la Administración.

Sin ningún margen para la duda, la Administración penitenciaria ha de velar por la vida, la integridad y la salud de los internos en prisión. La asistencia sanitaria en prisión comprende la asistencia primaria y la especializada de prevención, lo cual incluye el ingreso y la estancia en hospitales penitenciarios. La configuración de este sistema integral obliga a cada centro penitenciario a contar con un médico con conocimientos

psiquiátricos que puede requerir la ayuda de especialistas. Los internos podrían solicitar, a su costa, servicios de profesionales ajenos a Instituciones Penitenciarias y en caso de urgencia podrían ser asistidos en centros hospitalarios externos.

En la monografía, la autora aborda los problemas derivados de un modelo calificado como híbrido, aún a falta de la plena integración en los sistemas de salud autonómicos, salvo en contadas ocasiones. Desde 2003, se preveía que los servicios sanitarios dependientes de Instituciones Penitenciarias fueran transferidos a las Comunidades Autónomas para su integración en los servicios autonómicos de salud, con un plazo de 18 meses para la ejecución de dicha modificación. Actualmente, solo tres Comunidades Autónomas tienen transferida la competencia, a saber, Cataluña, País Vasco y Navarra. El coste total anual de la sanidad penitenciaria se erige como el principal problema para asumir esta competencia. Igualmente, ello va unido a que las prisiones constituyen un particular ecosistema donde los problemas de salud y el desarrollo de las enfermedades siguen patrones diferentes a los existentes en el exterior. La salvaguardia de la salud queda condicionada por la actuación de la Administración encargada de la custodia y retención de los reclusos. Esta situación supone una “doble condena”, en tanto la privación de libertad va acompañada de una deficiente atención sanitaria.

La salud de los reclusos permite afirmar un peor estado general en comparación con la del resto de la población, debido a enfermedades asociadas comúnmente al entorno carcelario, pero también por la incidencia de la hipertensión, diabetes, obesidad y dislipemia. Confluyen elementos propios del espacio, como institución cerrada, aislada y rutinaria; y de la población penitencia, pues muchos de ellos proceden de contextos de marginación y exclusión social, con problemas médicos y de adicción previos. La labor administrativa debe incluir actuaciones al objeto de incrementar los índices de bienestar en relación con las instalaciones y la alimentación. Sin perjuicio de la incidencia de otras patologías, en especial las vinculada a la edad, el estudio destaca cómo en las últimas décadas las enfermedades infecciosas y las toxicomanías han requerido un superior esfuerzo y mayores recursos por parte de la sanidad penitenciaria. Asimismo, se trata de un colectivo en el que resulta habitual la comorbilidad y la baja adherencia a tratamientos prescritos para combatir enfermedades con una elevada presencia en el espacio penitenciario como el VIH-SIDA, la tuberculosis o la hepatitis. A estos problemas se suma la incidencia de enfermedades contagiosas en un medio cerrado como el penitenciario, tendente a la sobrepoblación. De igual modo, destacan los problemas de salud mental en prisiones de tipo ansioso o depresivos vinculados al encarcelamiento, así como a la conexión entre la drogodependencia y la patología psiquiátrica, debiendo poner adecuado remedio a la incidencia de cuadros esquizofrénicos, trastornos afectivos, rasgos de tipo B, el consumo de sustancias y la patología dual.

La presente obra ofrece al lector un análisis rico en detalles de los puntos de mayor interés y conflicto en la materia, así como de las cuestiones jurisprudenciales más novedosas. Un primer aspecto a valorar viene dado por el derecho a la autodeterminación de los pacientes, cuyo correcto ejercicio ha quedado obstaculizado por la doctrina asentada en la década de los noventa sobre la base de la existencia de una supuesta relación de especial sujeción; construcción hoy en día superada por

buena parte de la doctrina dados los peligros de ser utilizada para justificar actuaciones sin la debida cobertura legal. En segundo lugar, la autora pone de relieve las dudas en torno a la aplicación de la eutanasia a los preventivos, dada la posible colisión entre el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas y la voluntad de poner fin a un sufrimiento insoportable. En tercer lugar, centra la atención en la viabilidad de la investigación médica con internos, desde el estudio de una interpretación de máxima restricción en aras de evitar abusos a otra situada en el extremo opuesto del espectro fundada en una mayor atención a la voluntad de los afectados, siempre y cuando sea libre e informada. Cuarto, la monografía se adentra en la particular aplicabilidad de la prevención de riesgos laborales en un entorno como el carcelario, donde el trabajo tiene lugar bajo diversas modalidades.

La edad, la discapacidad y el género, son tres elementos analizados con mimo a lo largo del estudio. Los reclusos pueden describirse como un colectivo cada vez más envejecido, cuyo deterioro de la salud y necesidades sanitarias se intensifican dentro de las prisiones. Las condiciones asociadas al envejecimiento en prisión anticipan y aceleran el deterioro físico y cognitivo, en comparación con la población general en la misma franja de edad, con riesgo significativo de desarrollar hipertensión arterial, enfermedades cardiovasculares o respiratorias y artritis. La discapacidad en prisión constituye una realidad a la que la Administración debe atender, por cuanto hace tanto a los problemas derivados de las contingentes limitaciones físicas, agravadas por las barreras arquitectónicas y la inadaptación de los espacios, como a los casos de discapacidad sensorial o intelectual. Por este motivo, son víctimas de un doble aislamiento, pues a la privación de libertad se unen las dificultades para comunicarse con compañeros, funcionarios y con el exterior. Las mujeres conforman un grupo minoritario dentro de un sistema profundamente masculinizado, lo cual exige de una especial diligencia a fin de evitar situaciones de injusticia. La profunda masculinización del entorno traerá como consecuencia general un desconocimiento sobre sus específicas necesidades. Además, la norma penitencia muestra un sesgo sexista al reducir la especificidad de la mujer a sus características sexuales y a su rol maternal.

En los reclusos extranjeros, la distancia de sus países de origen, con los consiguientes efectos que ello tiene en la ausencia de visitas, y las dificultades de comunicación debido a la barrera idiomática, pueden causar problemas específicos de salud en la esfera psicosocial. Las diferencias culturales también tienen un papel clave en la incidencia en el aspecto sanitario, como ocurre con inmigrantes procedentes de una cultura que vive los procesos de enfermedad de forma muy distinta a la asumida por los profesionales de la salud en Europa. Dentro de este colectivo, existe un subgrupo cuyo estado mental puede verse condicionado por haber vivido un proceso migratorio, así como por actitudes de rechazo, racismo o dificultades de adaptación.

Producto de las actuaciones de la salud pública en prisión destacan la evolución de las tasas de incidencia de VIH, SIDA y tuberculosis. Su tendencia a la baja constituye una muestra de la eficacia de las estrategias de prevención y control, incluidas las que con carácter general buscan mejorar la educación en salud. A la par, se encuentra fuertemente consolidada en prisiones la actuación frente a las drogodependencias, pues la atención integral se complementa con el posible recurso a centros de deshabituación extrapenitenciarios y por la existencia de comunidades terapéuticas y

departamentos específicos en los establecimientos penitenciarios denominados módulos terapéuticos. En cambio, la atención a los presos con enfermedades mentales sigue siendo exigua, dado que los dos hospitales psiquiátricos penitenciarios existentes no brindan una cobertura suficiente y las unidades psiquiátricas son hoy un espejismo.

El buen juicio de la autora sitúa los aspectos más relevantes en el precedente creado por la pandemia provocada por el COVID-19 y en el progreso tecnológico. No cabe duda de la facilidad de contagio entre los reclusos a causa del contacto entre ellos, concentrados en un espacio delimitado por un volumen nada desdeñable de personas cada vez más envejecidas y muy sensibles a un desarrollo peligroso del virus. Las medidas de excarcelación han sido bastante reducidas, sin que los internos hayan sido favorecidos por las progresiones de grado para pasar desde el segundo al tercero, aun cuando sí se adoptaron medidas para evitar que los reclusos en régimen abierto retornasen al establecimiento para pernoctar. La singularidad de la prisión ante amenazas como las pandemias requiere de medidas sanitarias de aislamiento acompañadas de medios telemáticos de conciliación capaces de equilibrar las exigencias médicas y de contacto de los internos, al objeto de preservar su bienestar psicosocial. Resulta esencial acometer la evolución de las nuevas tecnologías dados los riesgos que generan en aspectos tales como la protección de datos sensibles, pero también las oportunidades que ofrece. Avances como la telemedicina o la digitalización de las historias clínicas tienen el potencial de solventar los déficits que lastran la sanidad penitenciaria en su vigente configuración.

La monografía constituye la última muestra de la capacidad investigadora de su autora, dedicada al estudio de todas las cuestiones reseñadas y otras íntimamente relacionadas, con la finalidad de ofrecer al jurista una visión global de una realidad caracterizada por sus numerosas aristas, así como de proporcionar acertadas propuestas de ajustes, modificaciones y reformas para salvar los obstáculos, en tanto peligra la efectividad misma de un derecho de la máxima trascendencia.

MEDICINA PERSONALIZADA DE PRECISIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Marina Morla González
Tirant Lo Blanch (Valencia), 2023, 373 páginas
ISBN: 9788411979023

Cristina González Vidales

Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de León

El excelente trabajo de investigación publicado por la prestigiosa editorial Tirant Lo Blanch es fruto de la reciente e innovadora Tesis Doctoral presentada por la autora en 2023 en la Universidad de León. A lo largo de los siete capítulos la Dra. MORLA GONZÁLEZ, haciendo gala de su solvencia investigadora, pone negro sobre blanco en un tema de máxima actualidad como es el uso de medicamentos-dispositivos digitales en medicina y su incidencia en los Derechos Fundamentales en el ámbito personal.

Las nuevas y sofisticadas tecnologías están irrumpiendo en todos los ámbitos de la vida humana, desplegando un gran abanico de oportunidades para mejorar múltiples aspectos del día a día. La industria del cuidado de la salud no ha sido ajena a esta vertiginosa revolución, y ha abierto la puerta a cada vez más innovadores dispositivos médico-tecnológicos con fines de tratamiento o de diagnóstico. Ello supone un evidente avance científico, pero al mismo tiempo, también deriva en una amenaza para la protección de los derechos de los pacientes tal y como se han concebido hasta ahora.

La monografía de la Dra. MORLA GONZÁLEZ tiene en el punto de mira el estudio del impacto de las nuevas tecnologías sanitarias en la protección de los derechos fundamentales de los pacientes. La posibilidad de interconectar objetos a través de internet (el denominado internet de las cosas) ha traspasado la última frontera de la innovación farmacéutica, lo cual ha dado lugar a sofisticados dispositivos que permiten, entre otros, realizar electrocardiogramas a distancia, medir el nivel de glucosa en sangre a través de una app móvil o rastrear el comportamiento del enfermo a lo largo del tratamiento con el empleo de medicamentos digitales. Así ha surgido el concepto de internet de los cuerpos, el cual hace referencia a los dispositivos conectados a internet que son portados o ingeridos por los pacientes y que se hallan destinados a monitorizarlos, obteniendo información personal y precisa de estos.

En el primer capítulo de la obra “La medicina personalizada de precisión”, la autora define este concepto que surge tras la incorporación de sistemas de inteligencia artificial y dispositivos tecnológicos punteros para la recopilación y gestión de datos a fin de arrojar una información precisa sobre el paciente. De acuerdo con el análisis realizado, la posibilidad cada vez más real de monitorizar todo tipo de información de la persona, permite convertir a la medicina en predictiva, preventiva, personalizada y participativa, donde el paciente tiene acceso directo a la información recogida por el dispositivo médico-tecnológico, lo cual le empodera en una relación clínica que, tradicionalmente, ha sido asimétrica. La autora muestra especial interés en avances tecnológicos tales como los medicamentos digitales, es decir, un medicamento con sensor integrado que permite rastrear si el paciente ha ingerido la dosis de medicación correcta en el momento adecuado, comunicándose inmediatamente al médico a través de un servidor de datos seguro. Este avance refleja, entre otras cuestiones, que el factor tecnológico ofrece una gran oportunidad para la innovación dentro de la industria farmacéutica.

En el segundo capítulo “Bienes jurídicos comprometidos en la medicina personalizada de precisión y su protección” la autora realiza un recorrido por los bienes jurídicos afectados en un paradigma médico-tecnológico. La vida y la integridad física y moral, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad y las convicciones personales son bienes jurídicos que se ven directamente afectados ante un empleo de terapias digitales para el control del paciente. En este capítulo, la autora hace un pormenorizado análisis de la protección jurídica de estos bienes jurídicos contemplada en el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio de Oviedo) y en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (Ley de Autonomía del Paciente).

Una parte fundamental dentro de la obra consisten en el análisis de aquellos valores en los que se asienta la relación asistencial y que se ven afectados directamente por la introducción de las nuevas tecnologías para el cuidado del paciente. Es en el tercer capítulo de la obra “Las bases de la relación asistencial: confianza, autonomía y consentimiento” donde puede encontrarse un detallado análisis de lo que implica la confianza en la relación clínica para una asistencia adecuada a una persona enferma, al tiempo que se hace un exhaustivo estudio del principio de autonomía con especial referencia a los menores y a los mayores discapacitados, y, por último, se aborda la evolución de la configuración jurídica del acto que legitima la acción médica: el consentimiento informado.

En el cuarto capítulo “La protección de la información en la era digital. Marco normativo sobre protección de datos personales” la autora hace un repaso con precisión quirúrgica de las cuestiones básicas que afectan directamente al objetivo de su investigación, relacionadas con la protección de datos, con especial consideración a la salud. En este punto, cabría destacar el estudio del tratamiento de los datos sanitarios con fines de investigación, donde se realiza una especial referencia a la disposición adicional decimoséptima de la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales, que configura los criterios del régimen de

tratamiento de dichos datos. Esta cuestión es de especial relevancia para comprender la trascendencia de la eventual aprobación del Reglamento para la creación del Espacio Europeo de Datos Sanitarios, aún en fase de aprobación.

Es precisamente en el capítulo V “Los derechos a la intimidad y a la protección de datos en la medicina personalizada de precisión” donde la autora entra a analizar la cuestión de la intimidad en el nuevo contexto que ofrece una medicina intervenida por sistemas de inteligencia artificial. Se abordan en este capítulo cuestiones tan fundamentales como el derecho de supresión de los datos recogidos por un sistema de transmisión de información durante el tratamiento de un paciente, o el derecho de supresión y rectificación de los datos de la historia clínica electrónica integrada, o el secreto médico derivado que, como deber, recae sobre los profesionales que puedan acceder a información de salud del paciente mientras emplea el dispositivo tecnológico a lo largo de su tratamiento. En este capítulo la Dra. MORLA GONZÁLEZ realiza un estudio del contenido normativo del Reglamento (en fase de aprobación por la Comisión Europea) de creación del Espacio Europeo de Datos Sanitarios y las consecuencias de la liberalización de los datos de salud. Además, se aborda la fundamental cuestión acerca de si el consentimiento emitido a través del marcado de la casilla de aceptación de términos y condiciones de uso de la app móvil es un consentimiento válido cuando se trata de un tratamiento terapéutico que incluye componentes tecnológicos, pues es en ese momento cuando la relación asistencial pasa de ser una relación a dos, para convertirse en una relación a tres, donde participan el profesional sanitario, el paciente, y además el desarrollador del dispositivo.

En el capítulo VI se aborda el “Derecho a la información sanitaria o derecho a saber en el contexto de la medicina personalizada de precisión”. Se trata de una cuestión de gran importancia, pues una terapia digital que se recomiende a un paciente integra dos tipos de información: la estrictamente terapéutica y la información relacionada con el uso y política de privacidad del dispositivo médico-tecnológico. ¿Quién ha de informar de dicha cuestión al paciente? es la principal pregunta que trata de resolverse. Una pregunta no poco conflictiva, pues no existen aún protocolos clínicos que desvelen una correcta vía de acción en estos casos. La autora también estudia las excepciones al derecho a la información en un contexto digital, así como la eventual saturación informativa que lejos de reforzar la autonomía del paciente, pueden erosionarla.

Por último, el capítulo VII recoge el análisis del “derecho a decidir libremente sobre las cuestiones relativas a la propia salud en el contexto de la medicina personalizada de precisión”. Si cabe destacar especialmente un apartado dentro de este capítulo, probablemente se trate del dedicado al análisis de las particularidades en el ejercicio del derecho a decidir de las personas con discapacidad, de acuerdo con la reciente Ley 8/2021 de apoyos a la discapacidad. En este apartado, la autora hace un análisis de cómo la nueva normativa de apoyos a la discapacidad ha impactado de lleno en los derechos del paciente en el ámbito sanitario cuando este adolece de algún tipo de discapacidad que, hasta el momento, le hubiera podido suponer una incapacidad legal con la consecuente asignación de funciones representativas a su tutor/a. Más allá de ello, cabe subrayar el planteamiento que la autora realiza también en este apartado en relación con la posibilidad de reconfigurar la idea de responsabilidad en la toma de

decisiones cuando las mismas han sido informadas a través de dispositivos tecnológicos de monitorización continua.

Para terminar, la autora realiza una propuesta de *lege ferenda* para la actualización de la Ley de Autonomía del Paciente. Tal y como apunta, el avance de las nuevas tecnologías exige una pareja evolución normativa en el mismo sentido. Conviene adelantarnos a la resolución de problemáticas complejas que derivan del empleo de nuevas tecnologías para la monitorización del paciente, que, más pronto que tarde, terminarán manifestándose en la práctica clínica.

No puedo terminar sin señalar el buen hacer de la Dra. MARINA MORLA GONZÁLEZ, cuya obra reseñada es digna de mención por su excepcionalidad al momento de abordar de manera exhaustiva y rigurosa un tema de máxima relevancia en la intersección de la medicina y los derechos fundamentales. La autora, con su solvencia investigadora, ofrece una contribución invaluable al campo al analizar con maestría los desafíos éticos y legales que surgen con la introducción de tecnologías médicas innovadoras. La obra destaca por su capacidad para iluminar áreas poco exploradas, como el internet de los cuerpos y los medicamentos digitales, brindando una visión integral de las complejidades emergentes. La propuesta de *lege ferenda* para la actualización de la Ley de Autonomía del Paciente demuestra una visión proactiva y una comprensión profunda de la necesidad de evolución normativa. En resumen, esta obra se erige como una guía esencial para académicos, profesionales y legisladores, ofreciendo una perspectiva informada y visionaria sobre el impacto de la medicina personalizada de precisión en los derechos fundamentales.

**TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD Y
PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
(Una cara humana del progreso)**

Juan José Fernández Domínguez y Germán Carballo García
Editorial Reus, S.A.(Madrid), 2023, 149 páginas
ISBN: 9788429027556

Cristina González Vidales

Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de León

La monografía cuya recensión se acomete es parte de la tesis doctoral de GERMÁN CARBAJO GARCÍA, Técnico en Prevención de Riesgos Laborales del Excmo. Ayuntamiento de Zamora, quien junto con su Director de Tesis el Prof. Dr. JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León, desarrollan un certero análisis legal, jurisprudencial y doctrinal en una materia poco estudiada por los especialistas en Derecho Laboral. En los dos capítulos que la componen los autores arrojan luz a una de las relaciones laborales excluidas del artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores –los trabajos en beneficio de la comunidad– en lo que respecta a la operatividad de los derechos laborales en términos de prevención y protección contra las contingencias profesionales.

El primero de los capítulos titulado “Ámbito jurídico de los trabajos en beneficio de la comunidad” parte del marco normativo y aborda la controvertida consideración como una relación laboral excluida de los trabajos en beneficio de la comunidad (en adelante, TBC), más cuando en materia de prevención de riesgos laborales y Seguridad Social existe una remisión expresa a las normas laborales.

A fin de determinar la exclusión de los TBC como relación laboral, los autores analizan meticulosamente y desde la perspectiva *iustlaboralista* los elementos fundamentales de los TBC en relación con los cuatro rasgos que identifican la relación de trabajo. Así, en cuanto hace al consentimiento necesario del condenado o sancionado, si bien se prohíbe el trabajo forzoso, promoviendo con el consentimiento los objetivos de reeducación y reinserción, no convierten a estos en voluntarios en el sentido exigido por las normas laborales, pues el consentimiento trata de garantizar solamente los derechos fundamentales. El segundo elemento sometido a estudio es la utilidad pública y la ausencia de intereses económicos como contexto de la ajenidad,

de tal modo que esta cuando no se halla subordinada a la consecución de intereses económicos, le otorga un sentido específico desde el punto de vista de la ajenidad, a fin de compensar a la comunidad sin buscar la rentabilidad –salvo determinadas partidas percibidas como compensación por dedicación o gastos ajenos– ni dar lugar a una situación de competencia con trabajos profesionales. En tercer lugar, la dependencia derivada de una estructura bilateral –en los supuestos de sancionados administrativamente por las entidades locales– o trilateral –en caso de decisiones judiciales– es evidente la subordinación de los penados o sancionados frente a las instituciones, ya que estas serán responsables de determinar las “tareas, dirigir y controlar su ejecución y hacer una valoración final sobre el grado de satisfacción en el desarrollo del programa individualizado”. Por último, del estudio de la falta de retribución se desprende que la ausencia de esta no permite encuadrar a los TBC ni dentro de una relación laboral general ni dentro del desarrollado por los reos en virtud del art. 27.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, pues el trabajo en ausencia de remuneración “constituye el contenido punitivo de la pena”.

Así las cosas, aunque surgen dudas en cuanto a la voluntariedad y se prohíbe la retribución, estas prestaciones cumplen con los criterios de ajenidad y dependencia, elementos clave de una relación laboral. Así estos trabajos –no prestaciones o actividades– se rigen por: el Derecho Laboral, en cuanto a proporcionar orientación para interpretar conceptos como trabajo digno, tiempo de trabajo, medidas de flexibilidad y manejar incidencias relacionadas con incumplimientos significativos en la labor asignada; y por el Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales y el Derecho de la Seguridad Social ya que la norma remite a ello.

Por cuanto hace a la remisión a la normativa de Seguridad Social a fin de proporcionar una cobertura adecuada de las contingencias profesionales para los penados o sancionados, los autores CARBAJO GARCÍA y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, en el último apartado del primer capítulo, definen el ámbito subjetivo de los beneficiarios, determinan quién asume la responsabilidad última y las obligaciones de afiliación y alta, delimitan el montante, el plazo y la forma de efectuar las cotizaciones, así como abordan las ausencias debidas a contingencias profesionales en la liquidación de la condena.

El segundo de los capítulos lleva por título “La prevención de riesgos en la ejecución de trabajos en beneficio de la comunidad” y este se justifica en la deficiente cobertura de la prevención en los TBC, pues aun cuando el art. 11.2 del RD 840/2011, de 17 de junio, recoge que “estarán protegidos por la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales” no existe un desarrollo reglamentario, motivo por el cual el tema central de este apartado es la propuesta de integración de la prevención de riesgos laborales para completar la normativa social.

La propuesta que se ofrece pasa por asimilar la estructura triangular del vínculo entre las Instituciones Penitenciarias, la entidad receptora de los TBC y el penado a las empresas de trabajo temporal (en adelante, ETT) y distribuir las obligaciones previstas en el RD 216/1999, de 5 de febrero, de manera análoga entre las Instituciones Penitenciarias con la ETT, la entidad receptora como la empresa usuaria, y el penado

como el trabajador cedido, sin olvidar las peculiaridades de los TBC en cada caso concreto, especialmente cuando su desempeño corresponde a menores.

Por cuanto hace a los deberes de la administración de origen antes del inicio de los TBC deberá informar, formar y vigilar la salud de los penados o sancionados, teniendo que informar de los riesgos a los que estará expuesto y las medidas de protección disponibles, incluyendo información sobre el manejo de equipos, materias primas, productos o procesos. Con relación a la formación la entidad mandante proporcionará instrucción específica, suficiente y adecuada, centrada en las tareas que el penado debe desarrollar y teniendo en cuenta las condiciones individuales de la persona y los riesgos específicos identificados en la evaluación de riesgos. La vigilancia de la salud pasa por verificar la aptitud física y psíquica del individuo que se va a enviar a realizar los TBC, la cual, siguiendo las previsiones de la Ley de prevención de Riesgos Laborales podrá ser voluntaria u obligatoria, protegiéndose los resultados mediante la confidencialidad y el secreto profesional.

Cabe destacar que la intervención de la entidad destinataria en el circuito de información es esencial a fin de enviar y facilitar los datos para que la entidad mandante cumpla con la evaluación de riesgos previa, así como con el deber de verificar que la entidad mandante ha cumplido adecuadamente con la obligación de proporcionar los datos, instruir y vigilar la salud.

Siguiendo con el deber de documentación, este se configura como una obligación tanto para la entidad mandante como la destinataria, al igual que la coordinación de actividades en favor de la salud y la seguridad del penado o sancionado o los derechos de representación de los que desarrollan los trabajos.

El capítulo finaliza con la disertación sobre los elementos singulares en la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones en materia preventiva relativos a la responsabilidad administrativa y el recargo de prestaciones. Así, los autores concluyen, por un lado, le corresponde a la entidad destinataria las obligaciones en materia de recargo de prestaciones por omisión de las medidas de prevención; por otro lado, la aplicación de la norma en caso de infracciones en materia de seguridad y salud por empleadores públicos, que no llevará a sanciones económicas, “sino a medidas correctivas de los incumplimientos detectados”.

Cabe concluir señalando que la monografía presentada por GERMÁN CARBAÑO GARCÍA y el Prof. Dr. JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, se erige como una obra de innegable valor para cualquier lector interesado en el ámbito jurídico. Con un lenguaje preciso y lleno de rigor, los autores demuestran una profunda documentación respaldada por una selección bibliográfica sustancial y una abundancia de sentencias revisadas. Su enfoque metodológico de alta calidad no solo identifica con agudeza los problemas en el ámbito de los trabajos en beneficio de la comunidad, sino que también se aventura valientemente, nota característica de la carrera investigadora del Dr. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, en la propuesta de soluciones, ofreciendo una contribución sustancial al conocimiento y aplicación práctica en este campo de estudio.

LA DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA Y DIGITAL Y LOS NUEVOS RIESGOS EMERGENTES EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

AA.VV. (FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, Dir.)
Madrid, REUS, 2023, 458 págs.
ISBN: 978-84-290-2756-3.

Javier Fernández-Costales Muñiz

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

Las tecnologías digitales han cambiado drásticamente la manera de trabajar, consumir y comunicarse de las personas en un breve lapso de tiempo. La denominada cuarta revolución industrial y científica ha venido a desbordar la digitalización en la conocida como sociedad del conocimiento y la información. En lógica consecuencia, la Prevención de Riesgos Laborales igualmente se ha visto profundamente afectada, debiendo inevitablemente adaptarse a estos cambios. Así, la disciplina preventiva viene a manifestarse como una cuestión central de importancia capital en el ámbito de las relaciones laborales y del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

La legislación en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo encuentra su razón de ser en la protección del trabajador frente a los riesgos para su salud e integridad física a los que se verá expuesto en el desarrollo de su prestación de servicios. No en vano, la salud constituye uno de los valores esenciales en las sociedades actuales, hasta el punto de llegar a condicionar de forma determinante otros bienes, siendo eje de la calidad de vida y del progreso, tanto social como económico.

La Industria 4.0 ha generado, está generando, y continuará haciéndolo, nuevos empleos y nuevas profesiones que requerirán identificar sus nuevos factores de riesgo propios, desafiando así a los sistemas de salud y gestión preventiva en la medida en que la actividad es, en sí misma, fuente de riesgo si no se realiza en ciertas condiciones de seguridad y de salubridad. En definitiva, la aparición de este nuevo catálogo de profesiones precisa inevitablemente de un nuevo inventario de competencias preventivas. La seguridad y la salud laborales están obligadas a evolucionar al ritmo del progreso tecnológico e incorporar todas las innovaciones que permitan su mejora. Se debe prestar atención a las nuevas tecnologías, riesgos emergentes y el proceso de revolución digital. La seguridad y la salud laborales deben adaptarse e integrar todos aquellos avances que ayuden a su mejor gestión. La realidad refleja cómo los riesgos son de naturaleza tan dispar que es imposible apuntar a un único motor clave.

La introducción de nuevas tecnologías en las actividades humanas provoca la aparición de supuestos de hecho hasta ahora inéditos, habida cuenta de que en muchas ocasiones no se encuentran regulados en la normativa y constituyen auténticas lagunas, de forma tal que un cambio tecnológico en su incidencia en el ordenamiento jurídico provoca la aparición de un supuesto de hecho enteramente nuevo respecto a la cual falta la normativa concreta y genera una laguna legal. Además, la reiteración típica de una serie de hechos nuevos constituye o crea una nueva problemática social que, a su vez, exige un tratamiento jurídico nuevo, distinto en sus principios rectores y en sus directrices.

Este trabajo pretende abordar algunas de las cuestiones más destacadas en la materia, para lo cual, y en primer término, la Prof^{ta}. Dra. BEATRIZ AGRA VIFORCOS desarrolla un estudio de análisis profundo y necesario de las estrategias europea, estatal y autonómica de Seguridad y Salud en el Trabajo, habida cuenta de que las mutaciones en el mundo del trabajo tienen, como no podría ser de otro modo, innegables consecuencias en el ámbito de la seguridad y salud laboral, los poderes públicos no pueden permanecer ajenos a esta realidad y deben ajustar sus actuaciones administrativas y normativas a la evolución. Para ello es importante que partan de un adecuado diagnóstico de la situación, paso previo imprescindible para identificar los objetivos a alcanzar y planificar el camino a seguir.

Teniéndolo presente, no puede causar sorpresa que las Estrategias europea, estatal y autonómica en la materia centren buena parte de su atención, de cara a definir las acciones futuras, en las tres grandes transiciones de las que está siendo testigo la sociedad actual: la tecnológica y digital, la ecológica y climática y la demográfica. Tampoco que estén alerta para dar adecuada respuesta a los riesgos emergentes (por nuevos o por su presencia creciente), entre los que ocupan un lugar destacado los ergonómicos y psicosociales, la violencia y el acoso o el cáncer laboral y otras enfermedades profesionales.

Además, en su esfuerzo por garantizar elevados estándares de seguridad para todos, los hacedores de estos documentos afrontan como retos de primer orden, por una parte, el de la igualdad de género, y, por otra, el de asegurar la protección de los colectivos especialmente vulnerables en este contexto de cambio, tales como personas con discapacidad, migrantes, menores y jóvenes, trabajadores que retornan tras una baja prolongada o, en general, los pertenecientes al sector sanitario, sociosanitario y asistencial.

Así las cosas, las reflexiones incorporadas al capítulo se orientan al análisis de estos desafíos y a la revisión de las respuestas ofrecidas por las mentadas Estrategias, sin olvidar el repaso a las previsiones dirigidas a fortalecer el propio sistema institucional de seguridad y salud, a fin de optimizar su potencial para afrontar escenarios futuros, incluidas posibles nuevas pandemias.

Por su parte, el Prof. Dr. RODRIGO TASCÓN LÓPEZ pretende en su ensayo hacer un recorrido por aquellas cuestiones vinculadas al estado de salud de las personas trabajadoras que, en el actual contexto y por distintas razones, se entiende que están

en una situación que requiere de atención especial para su abordaje y desenvolvimiento.

Así, en primer lugar, se hace una apuesta por la prevención integral de la salud de las personas trabajadoras para, más allá del tradicional y consabido reconocimiento médico, articular cauces que permitan a la empresa, en el marco de su actividad preventiva pero yendo más allá de sus obligaciones estrictamente legales, desarrollar una política activa que, a través de incentivos en la alimentación saludable y el ejercicio físico, fomente un buen estado de salud de la persona trabajadora.

En segundo lugar, se realiza una revisión sobre el estado de la salud mental de las personas trabajadoras, que en los últimos tiempos (y tras un olvido/tabú secular) está empezando a ser tenido en cuenta de forma importante por los poderes públicos y los agentes sociales, y ha de encontrar reflejo en el marco preventivo para apostar por cauces que permitan salvaguardar la integridad psicológica de la persona trabajadora.

Quien esto suscribe realiza un acercamiento a la cuestión de la protección de los datos de salud. Partiendo de la premisa recogida en el artículo 43.1 de la Constitución Española, que reconoce el “derecho a la protección de la salud”, y el artículo 14 de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, que establece la garantía de una adecuada vigilancia de la salud de los trabajadores en función de los riesgos relativos a su seguridad y salud en el trabajo, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales reconoce al trabajador un derecho de protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, incluyendo en este campo el derecho a la vigilancia de la salud, establecida y regulada en su artículo 22 como un deber instrumental del empresario respecto a quien para él preste servicios, y que viene a consistir en detectar los efectos que pueden provocar en la persona del trabajador los riesgos inherentes a su trabajo, manifestándose a través de una alteración de su salud, ya sea física o mental.

Este precepto ha venido a construir un sistema amplio y complejo de vigilancia de la salud dotado de no pocos y variados fundamentos y cuestiones de evidente interés, tanto a nivel doctrinal como práctico, entre los cuales, y por lo que aquí interesa, cabe destacar las importantes connotaciones del respeto a la intimidad, la dignidad de la persona y la confidencialidad de los datos de salud obtenidos en el marco de los reconocimientos médicos efectuados a los trabajadores.

Las informaciones relativas a la salud son datos especialmente sensibles a los cuales el legislador español ha proporcionado una especial protección en distintas y diversas normas, salvaguardia que surge del hecho de encontrarse ante datos estrechamente vinculados a la dignidad y personalidad humanas. En este sentido, la información sobre la salud del trabajador pertenece a su esfera privada, pudiendo su uso repercutir de forma negativa sobre sus circunstancias laborales y personales, de forma tal que se hace necesario el establecimiento de una serie de mecanismos de control y protección frente a injerencias externas. Ahora bien, como consecuencia de la propia actividad laboral y para garantizar la finalidad preventiva de estas actividades, el empresario y los responsables en materia de prevención sí deben ser informados de ciertos aspectos derivados de los reconocimientos efectuados.

El sencillo recurso a la estadística pone de manifiesto que buena parte de lo que se suele denominar enfermedad mental tiene sus raíces en el sufrimiento derivado del entorno laboral. Con tal punto de partida, al Prof^a. Dra. SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO señala cómo esta realidad exige una activación efectiva y eficaz de medidas preventivas de evaluación, gestión y planificación, acompañadas de una reorientación de las condiciones organizativas del trabajo.

Los impactos psicosociales del nuevo contexto productivo altamente tecnificado y modulado bajo los parámetros de la lucha contra el cambio climático giran alrededor de tres bloques de circunstancias: relacionadas con el puesto (crece el nivel de saturación experimentado por los empleados y el ritmo de trabajo); con el rol profesional (cambiante en casi todas las ocasiones), las relaciones sociales y las posibilidades de promoción (aumenta el número de tareas y funciones que asume el trabajador, así como la movilidad y la polivalencia, pero se reducen las posibilidades de avanzar en la carrera profesional, al tiempo que se incrementa el aislamiento); y con la organización y el clima laboral posible (pérdida de empleo, aumento de la flexibilidad e incremento de la parcialidad y de la inestabilidad en los puestos de trabajo). Este cúmulo de factores provoca situaciones de estrés en sus distintas variables capaces de erosionar el bienestar de las personas trabajadoras, debiendo apostar, en consecuencia, por el diseño de medidas preventivas eficaces.

El aumento del teletrabajo supone al tiempo un reto y una oportunidad para la sociedad actual digitalizada. Por lo que a este aspecto hace, el presente estudio comprende un análisis y reflexión crítica de la problemática suscitada por la aplicación del nuevo marco normativo en materia de Prevención de Riesgos Laborales del teletrabajo. Desarrollado por la Prof^a. Dra. MARÍA DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO y el Prof. Dr. JOSÉ GUSTAVO QUIRÓS HIDALGO, el análisis se centra en la aplicación práctica de la obligación de seguridad y salud laboral desde el momento de la evaluación de riesgos, que constituye el fundamento sobre el que se construye y enlaza todo el andamiaje normativo en materia preventiva. Téngase en cuenta que el sistema preventivo patrio se fundamenta en la evaluación de riesgos laborales como elemento nuclear de toda la obligación de seguridad, y esta evaluación encuentra en el teletrabajo múltiples obstáculos para ser desarrollada, lo que frustra, en último término, la eficacia del deber de seguridad empresarial y debilita el derecho a la seguridad y salud laboral de la persona teletrabajadora.

Es más, dado que el teletrabajo móvil permite prestar servicios en cualquier lugar y en todo momento, siempre y cuando se disponga de una tecnología digital y de la posibilidad de conectarse en red, está surgiendo un nuevo concepto de puesto de trabajo que carece de los elementos que han caracterizado el concepto industrial clásico. Sin olvidar que el teletrabajo está muy vinculado con actividades intensivas en conocimiento y estas van adoptando un papel creciente dentro de la economía.

A partir de tal premisa se abordan en mayor o menor medida los riesgos a que están expuestas las personas teletrabajadoras, con especial énfasis en los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos, así como una referencia a otros derechos reconocidos normativamente que afectan a las condiciones de trabajo y tienen especial incidencia en la seguridad y salud (horario flexible, registro horario, desconexión

digital...). Los mecanismos de autoevaluación o listas de chequeo se han centrado tradicionalmente en los riesgos asociados al uso de pantallas visualización de datos, pero en esta modalidad de prestación de servicios, una adecuada anticipación a los mismos (como demanda cualquier política preventiva) exige tener en consideración riesgos psicosociales relacionados con el uso de las tecnologías (como es el caso del tecnoestrés, la fatiga informática y la tecno-adicción), y otros más específicos relacionados con la organización del tiempo, la confusión de rol, la disponibilidad permanente, la desvinculación de la organización, el aislamiento y la pérdida de relación interpersonal. En otros términos, las “condiciones de trabajo” demandan una profunda reflexión sobre los efectos de los condicionantes individuales y sus posibles repercusiones a medio y largo plazo sobre la salud de un colectivo, fuertemente feminizado, que se ve expuesto también, en mayor medida si cabe, a nuevas formas de violencia y acoso laboral.

La utilización de la gestión algorítmica a través del aprendizaje automático, entendida como un sistema de control donde los algoritmos de autoaprendizaje tienen la responsabilidad, en un primer momento, de hacer y ejecutar decisiones que afectan el trabajo, con una participación humana limitada (o inexistente), sin supervisión en la adopción de decisiones que afectan al ámbito laboral, precisa de un análisis exhaustivo por cuanto hace a su repercusión en la salud y seguridad de las personas trabajadoras, estando todavía sin explorar en toda su dimensión. En su profundo análisis la Prof^a. Dra. HENAR ÁLVAREZ CUESTA viene a destacar que estas herramientas con un potencial tan grande para tratar volúmenes ingentes de datos –muchos de ellos personales– y desarrollar inferencias y correlaciones, llevan aparejados enormes posibilidades de progreso y a la vez retos importantes para la prevención de riesgos laborales, a los cuales es necesario hacer frente. A día de hoy no existe una regulación específica que aborde los riesgos (y oportunidades) de la Inteligencia Artificial de forma integral y omnicompreensiva.

Tampoco hay una normativa específica en materia preventiva sobre el impacto de los algoritmos sobre la salud y seguridad de las personas trabajadoras, salvo el derecho de información de los representantes de las personas trabajadoras sobre la utilización de estos sistemas en el marco de las relaciones laborales en la empresa. La Unión Europea, consciente de los desafíos y oportunidades que acarrea la Inteligencia Artificial, ha sido pionera en la proposición de un marco regulador aún en desarrollo que aborda estas cuestiones.

El principio de cautela o precaución nacida en el seno del Derecho Comunitario como máxima para proteger el medio ambiente poco a poco ha ido extendiendo su manto protector a otros aspectos vinculados a la protección de la salud humana, encontrando también margen de aplicación en el seno de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. En este sentido, el Prof. Dr. ROBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ analiza cómo dicho principio ha tenido, y lo puede seguir haciendo, un papel relevante que jugar en la protección de los trabajadores frente a situaciones pandémicas como la acaecida recientemente derivada de la crisis provocada por la COVID-19 o los nuevos retos que en materia preventiva han de afrontar las empresas como

consecuencia de la implementación de la digitalización en el seno de sus procesos productivos.

A este respecto, el principio comunitario descrito ha sido recogido por el legislador español con el fin de ordenar la crisis sanitaria post estado de alarma, con el fin de evitar que esta nueva fase se desarrollara en un escenario de transmisión comunitaria sostenida generalizada, siendo incorporado expresamente en el RD-Ley 21/2020, de 9 de junio. De esta manera, y de concurrir otra crisis pandémica como la ocurrida a partir del año 2020, el principio de cautela justifica la adopción de medidas preventivas, siempre y cuando sean objetivas y no discriminatorias, en aras a salvaguardar la seguridad y salud de los empleados y a fin de que el empresario cumpla eficazmente con su deuda de seguridad.

Asimismo, la máxima expuesta puede ser aplicada también a los riesgos que la implementación en las empresas de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación pueden causar en el desarrollo de las actividades productivas, de manera tal que las empresas puedan anticiparse a los posibles daños que su uso pueda provocar en la salud de los trabajadores y minimizar los posibles riesgos en cuanto a adicciones, tecnoestrés o situaciones de acosos a través de las herramientas digitales puedan sufrir los trabajadores.

Como se ha destacado, fenómenos como los de la automatización y la digitalización traen consigo evidentes ventajas, al tiempo que se erigen como fuentes de potenciales amenazas para la salud laboral de los trabajadores. Entre ellas, corresponde llamar la atención sobre su capacidad para generar inéditos factores de riesgo psicosocial (o, al menos, para agudizar o remozar otros ya arraigados). Para combatirlos, la disciplina preventiva ha de representar un papel primordial. Ahora bien, las circunstancias demandan un superior protagonismo de la negociación colectiva, desde donde se deben disponer medidas bien diseñadas en relación con cuestiones tan significativas como la formación en seguridad y salud, la desconexión digital, el trabajo a distancia o el empleo reiterado o prevalente de sistemas informáticos durante el desempeño laboral (sea o no en el domicilio de la persona trabajadora). Esta parte de la investigación ha sido desarrollada por el Prof. Dr. DIEGO MEGINO ÁLVAREZ, quien tomando también como referencia el reciente V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, persigue como propósito principal intentar reflejar el modo en el que, hasta ahora, los convenios colectivos están abordando materias de tanto calado.

En fin, y para finalizar el estudio, se abordan los trabajos en beneficio de la comunidad, excluidos por el Estatuto de los Trabajadores del concepto de trabajo por cuenta ajena, lo que no impide que su desarrollo genere diferentes problemas que engloban también el ámbito preventivo. Bien sea en su modalidad común, contenida en el artículo 49 del Código Penal, bien en la variante dirigida a menores o bajo las formas diversas recogidas en ordenanzas municipales como medidas alternativas a las sanciones pecuniarias, los trabajos en beneficio de la comunidad comparten la nota de constituir una de las relaciones laborales excluidas que contempla el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores. Como bien hace constar el Prof. Dr. JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, a pesar de tal decisión legal, son constantes los ecos de institutos laborales en su ordenación, en particular por cuanto hace a la operatividad

La disrupción tecnológica y digital y los nuevos riesgos emergentes en materia de seguridad y salud en el trabajo

de los derechos laborales inespecíficos, la regulación del tiempo de trabajo y la viabilidad de fórmulas flexibles en su articulación o las conductas graves y culpables que pueden dar lugar a incidencias. Mayor será aún el eco de sopesar el reenvío que media a la normativa de Seguridad Social en orden a dotar de cobertura adecuada a las contingencias profesionales, aunque dotando de regulación específica a los actos de encuadramiento y exigiendo una interpretación específica de las ausencias motivadas por accidentes de trabajo sobre la liquidación de la condena.

Alla donde finaliza en discurso de los muy pocos análisis que ponen en relación los trabajos en beneficio de la comunidad con el ordenamiento social, comienza cuanto el estudio ofrece como verdadera primicia: una propuesta de integración del reenvío en blanco que la ley estatal (pero aplicable en este punto a Cataluña y País Vasco) efectúa a la normativa de prevención de riesgos laborales. Una construcción que toma en consideración las previsiones existentes sobre la relación triangular paradigmática, la atinente a empresas de trabajo temporal, y la adapta al específico supuesto en presencia de la relación entre administración mandante, institución colaboradora y penado o sancionado. Proceso de trasposición, a través del estudio del conjunto de obligaciones atribuidas a las partes en presencia y las distintas responsabilidades derivadas en caso de incumplimiento, que no quiere ser una simple reflexión teórica, sino sugerir adecuada solución a los problemas prácticos que se pudieran suscitar de la mano de cuanto han valorado los tribunales en situaciones análogas.

NORMAS DE PUBLICACIÓN DE LA REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Método de publicación de los artículos

El método de publicación de los artículos será el de proceso anónimo de revisión por pares.

Estructura de la Revista Jurídica de la Universidad de León

El objetivo de la Revista Jurídica de la Universidad de León es la publicación de artículos doctrinales de investigación jurídica, procurando la difusión tanto de autores de la Facultad de Derecho de la Universidad de León como de otras Facultades y Centros de dicha Universidad, así como de juristas españoles y extranjeros, quienes podrán publicar en su propio idioma siempre que hayan podido ser evaluados positivamente por los evaluadores de la Revista.

También podrán publicarse comentarios de sentencias, reseñas de libros y noticias de interés jurídico-académico, éstas últimas a criterio del Consejo de Redacción.

A estos efectos la estructura será la siguiente:

- A) Artículos Doctrinales:
 - a. Autores de la Universidad de León.
 - b. Autores de otras Universidades nacionales o extranjeras
 - c. Un apartado especial para la conferencia pronunciada por el padrino de la promoción anual de la Facultad de Derecho el día de la festividad de San Raimundo de Peñafort.
- B) Comentarios de sentencias, ya sean de Tribunales Nacionales o Internacionales.
- C) Recensiones de libros, nacionales o extranjeros, y en especial los publicados por los miembros de la Facultad de Derecho de la Universidad de León.
- D) En su caso, noticias de interés jurídico-académico.
- E) Cualquier otro bloque temático que el Consejo de Redacción pueda considerar de interés para su inclusión en la Revista.

Constituye requisito indispensable para la publicación de artículos que los autores interesados en publicar en la Revista Jurídica de la Universidad de León respeten las normas de publicación expresadas en este Reglamento y que se incluirán al final de cada uno de los números que se editen.

Contenido de la publicación de los artículos doctrinales

Esta Revista entiende que los artículos presentados son originales y no han sido publicados con anterioridad o no están en proceso de publicación en otro lugar. Cada artículo constará de las siguientes indicaciones y se deberá ajustar a las siguientes especificaciones:

- Mecanografiado a espacio sencillo, por una sola cara y con márgenes superior, inferior, izquierdo y derecho de 3 cm.
- En el artículo deberá constar:
 - a. Autor.
 - b. Cualificación académico-profesional del autor e institución a la que se adscribe y correo electrónico.
 - c. Título del artículo, en español e inglés. En caso de que el idioma original del artículo fuera distinto al castellano, el título se incluirá también en este idioma.
 - d. Resumen del artículo en español.
 - e. Abstract del artículo en inglés. En caso de que el idioma original del artículo fuera distinto al castellano, el resumen se realizará también en este idioma.
 - f. Palabras clave.
 - g. Palabras clave en inglés.
 - h. Fecha de recepción y aceptación de originales tras su evaluación.
 - i. Índice de contenido
 - j. Contenido.
 - k. Bibliografía citada.
- Las páginas se numerarán de forma consecutiva, correspondiendo la primera al título, autor/es del trabajo, dirección de contacto, resumen y palabras clave, tanto en español como en inglés.
El resumen deberá tener una extensión máxima de 200 palabras y se especificarán entre 3 y 10 palabras clave que proporcionen una idea rápida de su contenido y faciliten su informatización.
- A continuación, en la siguiente página, comenzará el texto del trabajo, con la inclusión de epígrafes, apartados o secciones numeradas consecutivamente, iniciándose en números romanos para los principales y posteriormente en arábigos y letras en el correspondiente orden alfabético.

- I.
- II.
- 1.
- 2.
- 2.1.
- 2.2.
- A)
- B)
- C)

Método de notas al pie y de bibliografía

Las notas se realizarán a pie de página y no en el texto o al final del trabajo. El sistema será el consuetudinario del ámbito jurídico, con indicación de:

- a. Autor en mayúsculas.
- b. Título del trabajo citado.
- c. Tipo de publicación:
 - c.1. Monografía: poniendo el título en cursiva sin comillas, seguido del número de edición si es posterior a la primera.
 - c.2. Artículo de revista: poniendo el título entre comillas, seguido del título de la revista a que pertenece, en cursiva este último.
 - c.3. Capítulo de libro: poniendo el título entre comillas, e indicando el libro al que pertenece en cursiva y el nombre del director/es y, en su caso, del coordinador/es.
 - c.4. Libro de una serie, indicando la colección a que pertenece, seguido del director y del número de edición si es posterior a la primera.
 - c.5. Capítulo de libro de una serie de libros, siguiendo las reglas del capítulo de libro.
- d. Número, volumen y año si es una revista.
- e. Traductor, si la obra es una traducción.
- f. Lugar de edición y editorial si es una monografía o capítulo de libro.
- g. Página/s que se citan.

Bibliografía

Al final de cada artículo se incluirá una bibliografía con las obras citadas a lo largo del trabajo. No podrán incluirse obras no citadas en el desarrollo de la investigación

Extensión de los artículos

La extensión de los artículos dependerá de la sección en la cual vaya a enmarcarse, incluidos todos los apartados anteriormente señalados: título, abstract, índice, contenido, citas y bibliografía.

En el caso de artículos doctrinales, la extensión podrá ser de entre 15 y 30 páginas.

En el caso de los comentarios de sentencias, la extensión oscilará entre 4 y 10 páginas.

En el caso de las reseñas la extensión máxima será de 5 páginas.

En el caso de las noticias, su extensión podrá ser variable, dependiendo de la decisión del Consejo de Redacción, que efectuará el análisis individual de cada una de ellas.

En cualquier caso, el Consejo de redacción valorará la extensión de los trabajos y la posibilidad de alterar estos límites en cada uno de los números de la Revista.