



e-Revista Internacional de la Protección Social (e-Rips)

Vol. IV ▪ N° 2 ▪ 2019

ISSN 2445-3269

<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS>

© Editorial Universidad de Sevilla 2019

 CC BY-NC-ND 4.0.



ÍNDICE

Vol. IV ▪ N° 1 ▪ 2019

TRIBUNA

- Inés (Gómez) de Paz –Deuda de Hernán Cortés– primera pensionista de viudedad de la nueva Galicia de la nueva España en 1577
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2019.i02.01>
CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO 4-8

ARTÍCULOS

- Ciento veinte años de protección a la viudedad (1900-2020)
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2019.i02.02>
GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA 9-77
- El régimen jurídico del personal de cruceros no afecto a la navegación: el nuevo concepto de marino a partir del CTM2006
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2019.i02.03>
FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA 78-99
- La situación de dependencia en la minoría de edad
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2019.i02.04>
FERNANDO M. JIMENO JIMÉNEZ 100-110
- The necessary recovery of social dialogue to address the regulation of the impact of new technologies on workers' rights
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2019.i02.05>
LAURENTINO JAVIER DUEÑAS HERRERO 111-123
- Declaração do centenário da Organização Internacional do Trabalho e a proteção do trabalhador digital no paradigma da fraternidade
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2019.i02.06>
LUCIANE CARDOSO BARZOTTO Y MAÍRA BRECHT LANNER..... 124-143
- Un intento de superación de la brecha pensionaria: el bono por hijo en Chile
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2019.i02.07>
VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ 144-159
- Los derechos sociales de los migrantes irregulares en México
<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2019.i02.08>
GABRIELA MENDIZÁBAL BERMÚDEZ Y FRANCISCA SALIH-SÁNCHEZ DEL HIERRO 160-178



ÍNDICE

Vol. IV ▪ N° 1 ▪ 2019

Diritti Umani e Fondamentali

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2019.i02.09>

SALVATORE LORIA 179-191

RECENSIONES

Recensión de la obra de Iván Antonio Rodríguez Cardo: Derechos Laborales y de Seguridad Social ante las tensiones territoriales: Brexit y Cataluña, UCM, Madrid, 2019

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2019.i02.10>

FRANCISCO JAVIER HIERRO HIERRO 192-195

Recensión de la obra de José María Miranda Boto (dir.):

El Derecho del Trabajo Español ante el Tribunal de Justicia:

problemas y soluciones, Cinca, Madrid, 2018

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2019.i02.11>

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO 196-200

VARIA

La huelga minera en Santa Eulalia, en la nueva Vizcaya, 1730

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2019.i02.12>

JOSÉ ENCISO CONTRERAS..... 201-235



TRIBUNA

INÉS (GÓMEZ) DE PAZ –DEUDA DE HERNÁN CORTÉS– PRIMERA PENSIONISTA DE VIUDEDAD DE LA NUEVA GALICIA DE LA NUEVA ESPAÑA EN 1577

Cristina Sánchez-Rodas Navarro¹

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

ORCID ID: 0000-0001-9780-7860

Tradicionalmente las mujeres hemos sido “invisibles” para la Historia e Inés Gómez de Paz no fue una excepción: jamás llamó la atención de los historiadores puesto que ninguna heroicidad realizó en vida, salvo que se considere que abandonar la península ibérica a mediados del S.XVI y cruzar un océano lleno de peligros en un viaje sin retorno era toda una hazaña para una mujer de su tiempo.

Su primer esposo fue Andrea de León de Dey, mercader de libros y vecino de Salamanca² con el que tuvo descendencia³.

Sabemos por su expediente de información para pasar a Nueva España -fechado en 1548⁴- que Inés Gómez de Paz era una hidalga salamantina casada en aquella época en segundas nupcias con el jurista Pedro de Morones. Este último se doctoraría en la Universidad de México, en cuya Audiencia ejerció como abogado de pobres y fiscal interino⁵ hasta que el 26.2.1556 fue nombrado oidor alcalde mayor de la Audiencia de Nueva Galicia⁶.

Inés Gómez de Paz estaba emparentada con Hernán Cortés: su abuela paterna era tía del Conquistador. En efecto, Inés era hija de Hernán Nuñez -escribano del número de

¹Trabajo realizado en el marco del Proyecto MINECO DER 2017-83040-C4-3-R “La Seguridad Social Internacional y Comunitaria: Conflictos de Leyes y Protección Social”.

²Real Cédula de 28.7.1526 (A.G.I., Indiferente, 421, L.11, f.88v-89r).

³Antonio de Paz era hijo de la esposa del Dr. Morones, como consta en su expediente para pasar a Indias (AGI, Indiferente, 2048, N.54). En el testamento de Pedro de Paz, tío de Inés de Paz, se mencionan a sus sobrinos Antonio y Jerónimo de Paz, por lo que es muy probable que ambos fueran hermanos.

⁴Expediente de información para pasar a Nueva España del licenciado Pedro de Morones, con su mujer Inés Gómez de Paz (A.G.I., Indiferente, 2048, N.15).

⁵Carta del Dr. Pedro de Morones al rey de 18.9.1557 (A.G.I. Guadalajara, 51, L.1, N.32): “yo fui fiscal en la Audiencia de México cuasi cinco años y un año oidor de ella y cuatro años fui catedrático de prima de cánones donde asimismo fui abogado de pobres”.

⁶A.G.I., Guadalajara, 230, L.1, f.13v-14v.

Salamanca- y Constanza Gómez de Paz. Su abuelo paterno fue Francisco Nuñez de Varela -escribano del número de Salamanca-. Y su abuela paterna era Inés Gómez de Paz -con la que compartió nombre y apellidos- que, a su vez, fue hija del abuelo del Conquistador Hernán Cortés.

Hernán Cortés tuvo una estrecha relación con esta familia ya que se alojó en casa de los abuelos de Inés Gómez de Paz, esposa del Dr. Morones, durante los años que pasó estudiando en Salamanca. A mayor abundamiento, fue Francisco Nuñez de Varela -que procedía de una familia de judíos conversos⁷-, quien facilitó a Hernán Cortés los contactos para financiar su expedición⁸. Además, dos de los tíos de la esposa del Dr. Morones (que optaron por utilizar el apellido materno) Rodrigo de Paz⁹ y Pedro de Paz¹⁰ pasaron con Cortés a México. Y Francisco Nuñez, hermano de los anteriores -que prefirió el apellido paterno y fue relator del Consejo de Indias- se ocupó durante muchos años de gestionar los intereses de Hernán Cortés en la península¹¹.

En una época en que la mayor parte de la población -y en particular las mujeres- eran analfabetas sorprende que en los archivos notariales de México del S.XVI haya un elevado número de protocolos (compraventas, transacciones, otorgación y revocación de poderes) firmados de su puño y letra por Inés de Paz -que en el Nuevo Mundo suprimió

⁷Real Cédula de 19.2.1530 a los Inquisidores de Valladolid, para que averigüen si Francisco Nuñez de Valera, escribano del número de Salamanca, difunto, e Inés Gómez de Paz, su mujer, son hijos o nietos de quemados o reconciliados por la Inquisición (A.G.I. Indiferente, 422, L.14, f.36v).

⁸Uchmany E.A.; “El Fenómeno de los Cristiano Nuevos en Iberoamérica”. Cuadernos Judaicos nº 25/2008, p.128.

⁹Rodrigo de Paz fue víctima de una conjura y falleció tras ser torturado dejando una cuantiosa fortuna. Dejó un legado en su testamento otorgado el 21.9.1525 a favor de su “sobrina Inés, hija de su hermano Hernán Nuñez”. Que Rodrigo de Paz era hijo de Inés Gómez de Paz se corrobora por la filiación contenida en el codicilo de 30.9.1525. Cfr. Millares Carlo, A. y Mantecón J.I.; *Índice y Extractos de los Protocolos del Archivo de Notarias de México D.F. (1536-1538 y 1551-1553)*. El Colegio de México. México. 1945, p.43. A mayor abundamiento: cfr. Mandamiento del Consejo de Indias de 29.8.1528 “a los oficiales de la Casa de Contratación de Sevilla para que envíen 500 pesos de oro, que están depositados en la Casa de la Moneda, al Consejo para ser entregados a Inés de Paz, a quien son debidos como heredera de su difunto hijo Rodrigo de Paz” (A.G.I.) Indiferente, 421,L.13, f.341v-342r). Y la Real Cédula de 4.4.1533 “a los jueces y justicias de estos reinos y las Indias, para que el licenciado Nuñez, relator del Consejo, en su nombre, el de su madre, Inés de Paz, el de Rodrigo de Paz, difunto, y en el de sus herederos cobrase de los bienes de Hernando López de Ávila, tenedor de los bienes de difuntos en Nueva España, los 715 pesos de oro que depositó en él Rodrigo de Paz, mediante escritura” (A.G.I. Indiferente, 422,L.16, f.1v-2r).

¹⁰El parentesco de la viuda del Dr. Morones con Pedro de Paz se infiere del poder otorgado por ésta el 7.12.1573 para labrar las minas que le pertenecían al dicho oidor “y a la compañía que tenía con Pedro de Paz, tía de la otorgante”. Cfr. Catálogo de Protocolos del Archivo General de Notarias de la ciudad de México. Fondo S.XVI (SDHN/5085). En su testamento, el citado Pedro de Paz afirmaba ser hijo de Francisco Nuñez de Varela e Inés Gómez de Paz, que como se ha indicado supra fueron los abuelos de Inés Gómez de Paz, viuda del Dr. Morones.

¹¹Martínez Martínez M.C. y Gimeno Gómez, A.; “Los Amigos de Hernán Cortés” en: Nieto Ibáñez J. M.; *Lógos Hellenikós: Homenaje al Profesor Gaspar Morocho Gayo*. Vol.2. 2003, pp.867-874.

su primer apellido¹²- “viuda del Dr. Morones oidor de Nueva Galicia”¹³, de cuya herencia fue albacea. Este último hecho evidencia la muy alta estima que tenía su esposo de las dotes y capacidad de Inés de Paz de desenvolverse en una sociedad dominada por los hombres.

De entre todos los documentos notariales firmados por Inés de Paz interesa destacar especialmente el poder general otorgado el 21.10.1575¹⁴ a Melchor de Cabrejas para gestionar el patrimonio de la primera en la península (“casas y haciendas en la ciudad de Salamanca y aldea lengua de su jurisdicción”), al que igualmente comisiona para “pedir y suplicar a su Majestad y en sus reales consejos se les hagan mercedes de ayuda de costa o en otra manera”. Y, asimismo, para que “saque testimonio de lo que se determinó en el pleito del licenciado Nuñez, relator del Consejo Real, del quento que pedía a sus hermanos de los bienes que heredaron, y de Inés Gómez de Paz, su madre”. Si quedaba la más mínima duda del parentesco entre la viuda del Dr. Morones y su abuela, a su vez tía de Hernán Cortés, este documento notarial corrobora que sólo una persona de la familia podía estar interesada en el resultado del pleito hereditario suscitado entre los hijos de Inés Gómez de Paz.

Tal y como señala BARRIENTOS GRANDÓN, “la muerte no rompía los débitos *ex honestate* y el príncipe se reconocía obligado para con los descendientes de sus buenos servidores y desde el S. XVI solía acudir a las necesidades de sus viudas e hijos”¹⁵. No era tolerable para el monarca español que “las mujeres viudas e hijos de los nuestros oidores que falleciesen en esas partes” pasaran necesidad “por ser mujeres e hijos de

¹²Boyd-Bowman, P.; *Índice y Extractos del Archivo de Protocolos de Puebla de los Ángeles. México (1538-1556)*. Madison, 1988; p.13: “en el siglo dieciséis los apellidos eran notoriamente impredecible, hijos e hijas no necesariamente tomaban el mismo apellido de su padre o de su madre, sino que a veces se nombraban con los apellidos de algún abuelo, padrino o potencial benefactor”.

¹³“México, 23 octubre 1564, Doña Inés de Paz, viuda del doctor Pedro de Morones, oidor del Nuevo Reino de Galicia, estante en México, vende a Antonio de Paz, su hijo, un esclavo negro, llamado Domingo, bozal, barbado, de tierra de Manicongo, de 35 años, adquirido por justo título en precio de 200 pesos de oro común, que le pagó en reales. Firmó”. Catálogo de Protocolos del Archivo General de Notarias de la ciudad de México. Fondo S.XVI. (SDHN/577).

“México, 23 octubre 1564, Doña Inés de Paz, viuda del doctor Pedro de Morones, oidor del Nuevo Reino de Galicia, estante en México, vende a Luis Hernández, vecino, un esclavo negro llamado Juan Primero, ladino, de tierra de Mandinga, de 30 años, adquirido por justo título, en precio de 212 pesos de oro de minas. Firmó”. Catálogo de Protocolos del Archivo General de Notarias de la ciudad de México. Fondo S.XVI. (SDHN/578).

¹⁴Catálogo de Protocolos del Archivo General de Notarias de la ciudad de México. Fondo S.XVI. (SDHN/5345).

¹⁵Barrientos Grandón J.; “El Cursus de la Jurisdicción Letrada en las Indias (S. XVI-XVII)” en: Feliciano Barrios (Coord.); *El Gobierno de un Mundo. Virreinos y Audiencias en la América Hispánica*. Cuenca. Universidad de Castilla-La Mancha, 2004, p.704.

criados nuestros”¹⁶. Será en el S.XVII cuando se regulará específicamente sobre esta cuestión¹⁷, que se recogerá en la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680¹⁸.

Y bien pudiera ser que fuera su parentesco con un personaje tan principal en Nueva España lo que explica por qué en el caso de la viuda del Dr. Morones, y no respecto a otras viudas de oidores del mismo período estudiado, en vez de concederle el monarca una prestación a tanto alzado de un año, o medio año, de salario de su cónyuge¹⁹, se le concede a Inés de Paz en 1577 una prestación económica vitalicia: “*merced de 300 ducados que valen 112.500 maravedíes en cada un año, por su vida, para ayuda a su sustentación hasta el día de su fallecimiento*”²⁰. Nótese como a mediados del S.XVI ya están presentes en el Derecho indiano, pero no engarzados aún, dos rasgos configuradores de la pensión de viudedad actual: prestación económica vitalicia por un lado y, por otro lado, el cálculo de la prestación en función del salario del sujeto causante (esto último sólo cuando era prestación a tanto alzado).

El caso de D^a María Cerezo, viuda de Américo Vespucci, a la que Fernando el Católico en 1512 mandó se le pagaran “10.000 maravedíes anuales”²¹ induce a plantear la tesis de que sólo se concedía excepcionalmente la merced de pensión de viudedad vitalicia cuando la supérstite tenía lazos de parentesco con un destacado servidor de la Corona. El mismo argumento sería aplicable a Mari Gómez de Solozarno, cuñada de Fray Juan de Zumárraga, arzobispo que fue de México, a la que tras enviudar y teniendo “*ella gran*

¹⁶Respuesta a la Audiencia de Nueva Galicia de 1.7.1571. Cfr. Enciso Contreras J.; *Cedulario de Oficio de la Audiencia de la Nueva Galicia (1554-1680)*. Tomo I. Zacatecas. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Zacatecas, 2010, p.343.

¹⁷“D. Felipe III en San Lorenzo, a 17 de agosto de 1613. *Cuando se ofreciere el caso de fallecer algunos de los nuestros oidores de las Audiencias reales de las Indias, los que lo fueren de ellas nos harán recuerdo con las causas y razones que hubiere para hacer merced a las viudas que hubieren dejado y la necesidad o substancia de hacienda con que hubieren quedado para habiéndose entendido se provea lo que convenga, conforme a lo que pidieren y requirieren las ocurrencias de los casos*”.

¹⁸Ley XCV del Título XVI del Libro II: “*mandamos a las Reales Audiencias, que sucediendo fallecer los Oidores, Alcaldes o Fiscales de ellas, nos den aviso por nuestro Consejo Real de las Indias, con las causas y razones que hubiere para hacer a las viudas, y la necesidad o substancia de hacienda con que hubieren quedado y por Nos entendido, se proveerá conforme a las ocurrencias de los casos*”.

¹⁹ Real Cédula de 9.2.1561 (herederos del licenciado De la Marcha): “*a causa de haber fallecido el dicho licenciado cuando venía a estos reinos, habiendo dejado muchos hijos e hijas y estaban pobres y padecían necesidad*”. El rey manda se paguen a los hijos o a quien su poder hubiere, el montante de un año de salario (650.000 maravedíes)”. Cfr. Enciso Contreras J.; *Cedulario de Oficio de la Audiencia de la Nueva Galicia*. Op. cit., p.149.

²⁰ Real Cédula de 9.9.1577: “*habemos tenido por bien de le hacer merced de 300 ducados que valen 112.500 maravedíes en cada un año, por su vida, para ayuda a su sustentación hasta el día de su fallecimiento (dándose traslado testimonio de vida de la dicha doña Inés)*”. Cfr. A.G.I., Guadalajara, 230, L.1, f.312v.

²¹Schäfer E.; *Índice de la Colección de Documentos Inéditos de Indias*. Tomo II. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid. 1947, p.111: Real Cédula de Fernando el Católico par los oficiales de la Casa de Contratación de 28.3.1512 para que “*se paguen a 10.000 maravedíes anuales a la viuda de Américo Vespucci*”.

necesidad por quedar muy pobre y con cuatro hijos” se lo hizo merced en 1551 de “150 ducados por sus días”²².

El hecho de que el Dr. Morones, al que se le encomendó sin éxito la conquista de Chatmela²³ no realizara ninguna gesta heroica, refuerza la tesis de que el trato privilegiado que la Corona dio a su viuda podría haberse debido al hecho de estar emparentada con Hernán Cortés.

Otra hipótesis menos plausible para la concesión a Inés de Paz de una pensión de viudedad vitalicia pudiera ser que, por lo avanzado de su edad para la época -dato que deducimos del lapsus temporal entre la concesión de la pensión y la fecha en que viajó a la Nueva España- y en previsión de que no le quedaran muchos años de vida, se pensara que fuera una opción más ventajosa para la Corona que abonarle un año de salario de una sola vez. Pero lo cierto es que en ninguna de las Cédulas en que se conceden mercedes a las viudas de los oidores de la Audiencia de Nueva Galicia se toma en consideración sus edades, que es un tema que ni aparece reflejado en la documentación consultada.

A mayor abundamiento, en la Real Cédula de 1576 en la que se pide a la Audiencia de Nueva Galicia que verifique si Inés de Paz fue la esposa del Dr. Morones no se solicita información alguna sobre su edad²⁴. En la misma Cédula citada se indica que la viuda “*nos ha hecho relación que quedó pobre y con mucha necesidad, y ahora la padecía muy grande*”. Al respecto hay que matizar que aunque la inmensa fortuna -imposible de amasar con el sueldo de oidor- del Dr. Morones fuera reclamada por la madre y hermanos de éste último al haber fallecido Pedro de Morones sin descendencia²⁵, su viuda debió de tener un considerable patrimonio propio no solo en la península sino también en México.

En todo caso, y a la vista de la documentación examinada, la conclusión que se alcanza es que la viuda del Dr. Morones fue la primera pensionista de viudedad financiada por la Corona española en el reino de Nueva Galicia de la Nueva España. Y aunque no se ha podido averiguar el año exacto de su muerte, si está acreditado que en 1581 seguía viva y cobrando su pensión²⁶.

²²A.G.I., Indiferente, 737, N.65.

²³De la Mota Padilla M.; *Historia del Reino de Nueva Galicia en la América Septentrional*. Instituto de Guadalajara. México, 1973, p.207.

²⁴Real cédula de 4.9.1576 al Virrey D. Martín Enríquez de Almanza, para “*saber si la dicha doña Inés de Paz fue mujer del doctor Morones y si después de su muerte se le ha hecho a ella o a sus hijos merced*”. A.G.I., Guadalajara, 230,L.1,f.301r-301v.

²⁵Real Cédula de 25.3.1565. Para traer los bienes del doctor Morones:“*Juana Fernández, vecina de la ciudad de León, como su madre y heredera que dice ser del doctor Pedro de Morones, me ha hecho relación que al tiempo que el dicho doctor, su hijo, falleció, dejó muchos bienes y haciendas, oro y plata, joyas, esclavos y otras cosas así en dicha ciudad de México como en la dicha provincia de la Nueva Galicia, los cuales les pertenecían a ella como su madre y heredera, por no haber dejado otros herederos algunos, ascendientes ni descendientes*”. A.G.I., Guadalajara, 230, L.1,f.160v-161r.

²⁶Carta de pago de 27.4.1581 por la compra a Inés de Paz, viuda del Dr. Morones, de una huerta. Catálogo de Protocolos del Archivo General de Notarías de la ciudad de México. Fondo S.XVI (SDHN/2490).



Recibido: 11.12.2019. Aceptado: 12.12.2019

Ciento veinte años de protección a la viudedad (1900-2020)

One hundred and twenty years of widowhood protection (1900-2020)

Guillermo Rodríguez Iniesta

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

guiller@um.es

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5054-8822>

RESUMEN

Desde los inicios de su protección específica, las situaciones de necesidad derivadas de muerte y supervivencia, fueron protegidas de forma diversificada, quizás porque en lugar de atender a su causa inmediata se reparaban las causas mediatas, apareciendo así un régimen protector extremadamente pluralista, asistemático e incoherente que en algunas ocasiones ofrecía prestaciones superpuestas. Y ello puesto que las situaciones de necesidad a reparar se protegían en atención a una pluralidad de riesgos, accidente de trabajo, enfermedad profesional, pérdida de la salud, muerte, cargas familiares, etcétera. Es decir, no hubo en los inicios de la protección un seguro social específico de muerte y supervivencia. Por ello, el estudio de la protección a la viudedad que aquí se realiza, comienza con un análisis de su configuración, a través de las distintas medidas recogidas en la legislación protectora de riesgos profesionales, seguida luego de su ordenación en los diversos seguros sociales protectores de riesgos comunes. Este período se inicia en 1900 con la Ley de Accidentes de Trabajo y termina en 1966 cuando está próximo a entrar en vigor nuestro actual sistema de Seguridad Social.

La segunda parte se inicia con una análisis de la configuración inicial de la protección en el sistema de Seguridad Social en 1967, su mejora y perfeccionamiento en 1972 y las continuas reformas que desde 1981 se han venido produciendo y han conducido a la situación actual, en la que se puede contemplar como se han recuperado requisitos y modalidades protectoras que habían desaparecido con la reforma de 1972 y por otro lado, como se ha ido ampliando el ámbito de subjetivo de la protección permitiendo que en situaciones de crisis matrimoniales o de uniones no matrimoniales puedan lucrar la protección. En esta segunda parte, se hace una especial referencia a la toma en consideración de las situaciones de violencia contra la mujer y su incidencia en la protección.

Finalmente, hay una tercera parte en la que se hacen algunas consideraciones sobre el porvenir de la protección a la viudedad.

PALABRAS CLAVE: viudedad, muerte y supervivencia, subsidios familiares, Pacto de Toledo

ABSTRACT

From the beginning of their specific protection, the situations of need derived from death and survival were protected in different ways, perhaps because instead of attending to their immediate cause, the mediated causes were repaired. The result was the appearing of an extremely pluralistic, asystematic and protective regime. However, it was also incoherent and sometimes offered overlapping benefits because the situations of need to repair were protected due to a plurality of risks, work accident, occupational disease, loss of health, death, family burdens, and so on. That is, there was no one specific social insurance of death and survival at the beginning of protection. Therefore, the study of widowhood protection that is carried out here, begins with an analysis of its configuration, through the different measures included in the legislation protecting professional risks, followed after its arrangement in the various social insurance protectors of common risks. This period begins in 1900 with the Work

Accident Law and ends in 1966 when our current Social Security system is about to enter into force.

The second part begins with an analysis of the initial configuration of protection in the Social Security system in 1967, its improvement in 1972 and the continuous reforms that have been taking place since 1981 and have led to the current situation, in which can be seen as requirements and protective modalities that had disappeared with the 1972 reform have been recovered. On the other hand, the personal scope field has been extended allowing than in situations of matrimonial crises or non-marital unions could be possible be entitled to social security benefits. In this second part, special reference is made to the consideration of situations of violence against women and their impact on their social protection.

Finally, there is a third part in which some considerations are made about the future of widowhood protection.

KEYWORDS: widowhood, death and survival, family allowances, Toledo Pact.

SUMARIO

I. LA PROTECCIÓN A LA VIUEDAD ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

A. INTRODUCCIÓN

B. LA MUERTE Y SUPERVIVENCIA CONSECUENCIA DE RIESGOS PROFESIONALES.

1. LA LEGISLACIÓN REGULADORA DE ACCIDENTES DE TRABAJO

a) LA LEY DE 30 DE ENERO DE 1900

b) LA LEY DE 10 DE ENERO DE 1922

c) EL DECRETO DE 12 DE JUNIO DE 1931, DE BASES PARA LA APLICACIÓN A LA AGRICULTURA DE LA LEY DE ACCIDENTES DE TRABAJO

d) EL DECRETO DE 8 DE OCTUBRE DE 1932, TEXTO REFUNDIDO SOBRE ACCIDENTES DE TRABAJO EN LA INDUSTRIA

e) EL DECRETO DE 22 DE JUNIO DE 1956, TEXTO REFUNDIDO DE LA LEGISLACIÓN DE ACCIDENTES DE TRABAJO

2. LA LEGISLACIÓN PROTECTORA DE LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES

C. LA MUERTE Y SUPERVIVENCIA EN LA LEGISLACIÓN PROTECTORA DE RIESGOS COMUNES

1. SU PROTECCIÓN DENTRO DE LA COBERTURA DE LOS RIESGOS DE VEJEZ E INVALIDEZ

a) EL RETIRO OBRERO

b) EL SUBSIDIO DE VEJEZ

c) EL SEGURO OBLIGATORIO DE VEJEZ E INVALIDEZ

2. EL SEGURO OBLIGATORIO DE ENFERMEDAD

3. LOS SUBSIDIOS FAMILIARES Y EL PLUS FAMILIAR

a) LOS SUBSIDIOS FAMILIARES

b) EL PLUS FAMILIAR Y EL RÉGIMEN DE AYUDA FAMILIAR

4. LOS “REGÍMENES ESPECIALES” DE LOS SEGUROS SOCIALES

a) EL RÉGIMEN ESPECIAL PARA LA AGRICULTURA

b) EL SERVICIO DOMÉSTICO

5. EL MUTUALISMO LABORAL

a) EL MUTUALISMO LABORAL DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA

a.1. LA PRESTACIÓN POR MUERTE

a.2. LAS PRESTACIONES POR SUPERVIVENCIA

a.3. OTROS ASPECTOS DE LAS PRESTACIONES

b) EL MUTUALISMO LABORAL DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA

D. CUADRO RESUMEN DE LA PROTECCIÓN POR VIUEDAD POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA ANTES DE 1966

II. LA PROTECCIÓN A LA VIUEDAD EN EL ACTUAL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

A. INTRODUCCIÓN

B. EL DISEÑO INICIAL DE LA PROTECCIÓN A LA VIUEDAD POR LA LEY DE SEGURIDAD SOCIAL DE 1966 (1966-1971)

C. PERFECCIONAMIENTO Y MEJORA EN SU PROTECCIÓN (1972-1980)

D. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA PROTECCIÓN. CONCURRENCIA DE BENEFICIARIOS, SUPRESIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO Y EQUIPARACIÓN DE LA ACCIÓN PROTECTORA EN LOS REGÍMENES ESPECIALES (1981-1994)

E. LA PROTECCIÓN A LA VIUEDAD EN EL PACTO DE TOLEDO Y SU DESARROLLO POSTERIOR (1995-2010)

1. LA PRIMERA ETAPA DE DESARROLLO (1997-2000)

2. SEGUNDA ETAPA DE DESARROLLO (2001-2005)

3. TERCERA ETAPA. EL ACUERDO DE MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL DE 2006 Y SU CONCRECIÓN POSTERIOR (2007-2010)

F. ACTUALIZACIÓN, ADECUACIÓN Y MODERNIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LA VIUEDAD EN LA SEGURIDAD SOCIAL (2011-2019)

G. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN LA PROTECCIÓN A SUPERVIVENCIA

III. EL PORVENIR DE LA PROTECCIÓN A LA VIUEDAD

I. LA PROTECCIÓN A LA VIUEDAD ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

A. INTRODUCCIÓN

El presente estudio trata de ofrecer una panorámica de la evolución de la protección social a la viudedad. En su análisis se tendrá en cuenta las dos contingencias que pueden llevar consigo prestaciones para quien se encuentre en situación de viudedad, se trata del riesgo de muerte que genera una situación de necesidad consistente en un exceso de gastos para quien tenga que afrontar los gastos de entierro del causante fallecido; y por otro lado el riesgo de supervivencia que supondrá para el cónyuge el hecho el defecto de rentas que provocará la muerte del causante. Se partirá de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1.900 como norma emblemática que se considera de inicio de la protección específica a los riesgos sociales en España¹, hasta 1967 en que se pondrá en marcha nuestro sistema de Seguridad Social.

B. LA MUERTE Y SUPERVIVENCIA CONSECUENCIA DE RIESGOS PROFESIONALES²

Con anterioridad a ella la posible protección se dispensaba vía normas generales sobre las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia, arts. 1902 a 1910 del Código Civil.³ Su deficiente protección llevará a que se opte por una protección específica de tales riesgos⁴ vía Ley de 30 de enero de 1900, de Accidentes de Trabajo.

1. LA LEGISLACIÓN REGULADORA DE ACCIDENTES DE TRABAJO

a) LEY DE 30 DE ENERO DE 1900

A iniciativa del Ministro de Gobernación Eduardo Dato e Iradier se promulgó esta Ley⁵, por la que se creó un seguro para la protección del accidente de trabajo, basándose en la

¹ Para tiempos anteriores puede verse Romeu de Armas, A. (1944): *Historia de la previsión Social en España*, Edersa, Madrid; Montero García, F. (1988): *Orígenes y Antecedentes de la Previsión Social. Los Seguros Sociales en la España del siglo XX*, pág. 119 y ss. MTSS, Madrid.

² Véase Rodríguez Iniesta, G.: *La viudedad en el Sistema Español de Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 2006, págs. 37 a 62.

³ En este sentido véase, entre otros, Alarcón Caracuel, M. R. y González Ortega, S. (1991): *Compendio de Seguridad Social*, pág. 35, Tecnos, 4ª ed., Madrid; Almansa Pastor, J. M. (1989): *Derecho de la Seguridad Social*, pág.89, Tecnos, 6ªed., Madrid; Del Peso Calvo, C. (1967): *De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social*, pág. 24 y ss., U. Complutense. Madrid; Hernainz Márquez, M. (1945): *Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, págs. 67 y ss., Edersa. Madrid; Menéndez Pidal, J. (1952): *Derecho Social Español*, Vol. II, pág. 240 y ss., Edersa, Madrid; Montoya Melgar, A:(1976): “La Seguridad Social española: notas para una aproximación histórica”, *Revista de Trabajo*, núm. 54-55, pág. 14 y 15.

⁴ Alarcón Caracuel, M. R. y González Ortega, S. (1991): “*Compendio...*” op. cit. pág. 35; Montero García, F. (1988): “*Orígenes...*”, ob.cit. pág. 196 y ss.; G. Posada C. (1946): “*Los Seguros Sociales Obligatorios en España*, 2ª ed., págs. 85 y ss.; Del Peso Calvo, C. (1967): “*De la protección...*” op. cit. pág. 24, U. Complutense, Madrid; Menéndez Pidal, J. (1952): *Derecho Social Español*, Vol. II, págs. 230 y ss., Edersa, Madrid.; Martínez Girón, J. (1990): *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho Español de la Seguridad Social*, págs. 22 y ss., Imprenta Paredes, S.A., Santiago de Compostela.

⁵ V. Gaceta de 31 de enero.

doctrina del riesgo profesional⁶. La Ley vino a establecer unas prestaciones por muerte y supervivencia, cuyas características fundamentales fueron⁷:

- a) *Prestación derivada de la muerte*. Una obligación dirigida al patrono de sufragar los gastos de sepelio con un límite máximo de 100 pesetas⁸.
- b) *Prestación derivada de la supervivencia de determinados familiares*. Básicamente consistía en una indemnización sobre el salario medio que percibía el trabajador, cuya cuantía variaba en función de si el beneficiario era la viuda o un pariente, si ambos concurrían y del grado de parentesco de tales familiares⁹.

Estas prestaciones eran compatibles con las debidas al trabajador accidentado por el período que mediara entre el accidente y la muerte¹⁰. Asimismo podían verse incrementadas en una mitad más de su cuantía, cuando el accidente se produjera en un establecimiento u obra cuyas máquinas o artefactos carecieran de los aparatos de precaución previstos reglamentariamente¹¹. Por otro lado la indemnización podía ser sustituida, a voluntad del patrono, por pensiones vitalicias, siempre que se garantizaran unos mínimos¹². El pago de la misma era efectuado directamente por el empresario o

⁶ Su desarrollo reglamentario básico se llevó a cabo por Real Decreto de 28 de julio de 1900; Reales Órdenes de 2 de agosto de 1900 y de 6 de noviembre de 1902, así como por Real Decreto de 8 de julio de 1903. Ver el extenso y detallado estudio sobre este particular elaborado por Del Peso y Calvo, C. (1971): *La protección legal del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional 1900-1967*, Ministerio de Trabajo-Instituto Nacional de Previsión, Madrid.

⁷ Arts. 5, 10 y 12.

⁸ Adviértase que la denominación “*sepelio*” se refiere a los actos de entierro con “*ceremonia religiosa correspondiente*”, v. Real Academia Española (1994): *Diccionario de la Lengua Española*, 22^a. ed. Espasa Calpe, Madrid; y Moliner, M. (1981): *Diccionario de Uso del español*, Gredos, Madrid. Actualmente la denominación de esta prestación es “*auxilio por defunción*”, que se refiere únicamente a los gastos por muerte de una persona, quedando fuera los relativos al funeral.

⁹ Art. 5 reglas 1^a a 4^a. La indemnización consistía en una suma igual al salario medio diario de dos años que disfrutaba el causante cuando dejara viuda é hijos o nietos huérfanos que se hallaren a su cuidado; de dieciocho meses de salario para el caso que sólo quedasen hijos ó nietos; de un año de salario cuando sólo quedase viuda sin hijos ni otros descendientes; y de 10 meses de salario cuando dejase sólo padres ó abuelos sin son dos o mas ascendientes o de siete meses cuando sólo fuese uno.

En desarrollo de tales preceptos se dictaron dos Reales Ordenes de 14 de junio de 1902 y de 25 de febrero de 1903. La primera de ellas daba solución al supuesto planteado tras la muerte de un obrero que dejaba viuda e hijos de su matrimonio con la misma y de otro anterior; resolviendo que la indemnización se dividiría en dos mitades una para la viuda y otra para todos los hijos por partes iguales; la viuda percibiría su parte mas la correspondiente a los hijos constituidos bajo su patria potestad y la parte correspondiente a los otros hijos se entregaría a quienes de hecho los tuvieren a su cargo. En cuanto a la segunda Real Orden vino a dar respuesta a los derechos de la viuda con hijos mayores de dieciséis años. La duda se planteaba sobre si el hecho de que la viuda tuviese hijos mayores de dieciséis años invalidaba su derecho o incidía en ellos, tomándose la decisión de que en estos casos la viuda mantenía su derecho a ser indemnizada por si misma, viniéndose a equiparar a al caso de viuda sin hijos. Esta indemnización se consideraba que tenía carácter personalísima y no hereditaria, ya que “*el legislador al acordar tal beneficio, no lo hace en concepto de herencia, de cuyas reglas prescinde en absoluto, sino bajo el supuesto necesario de que dicha persona sufra o pueda sufrir algún daño con motivo del siniestro*” (STS 23-10-1916).

¹⁰ El art. 4 de la Ley señalaba como prestaciones a que se tienen derecho los obreros accidentados a una indemnización por incapacidad para el trabajo “*absoluta o parcial, temporal ó perpetua*”.

¹¹ V. art. 6 a 9 de la Ley.

¹² V. art. 10 de la Ley. La Exposición de Motivos de la Ley señalaba lo siguiente “*...Así ha debido preferirse el sistema de otorgar a la familia del obrero difunto una suma fija y pagadera al contado, equivalente a varios meses o a uno o dos años del salario medio percibido por la víctima; pero no era lícito cerrar el camino a los industriales que, ofreciendo la garantía de sociedades de seguros firmemente*

bien vía seguro hecho a su costa “*en cabeza del obrero*”, a través de una Sociedad de seguros debidamente constituida y con la condición de que se garantizara los mínimos previstos en la Ley¹³.

Los sujetos beneficiarios dependían de quién fuera el sujeto causante¹⁴:

- a) *Sujeto causante hombre*: la mujer viuda¹⁵.
- b) *Sujeto causante mujer*: No estaba previsto que el varón pudiera ser beneficiario. Cuando la mujer era la trabajadora accidentada, sólo causaba prestaciones en favor de sus descendientes legítimos –hijos / nietos– y ascendientes –padres / abuelos–, si bien con importantes condicionantes¹⁶.

La Ley preveía también como causa de *extinción* de las pensiones –caso de que el empresario hubiera optado por esta modalidad de abono– las nuevas nupcias de la viuda¹⁷.

b) LEY 10 DE ENERO DE 1922¹⁸

Esta nueva Ley de Accidentes de Trabajo fue desarrollada por un Reglamento –*provisional*– de 29-12-1922¹⁹, introduciendo una serie de novedades respecto a la anterior Ley.

- a) *Prestaciones derivadas de muerte*. Se mantiene la obligación del patrón de sufragar los gastos de *sepelio*, si bien la cantidad a abonar se remite a la regulación reglamentaria²⁰. El reglamento provisional establece una escala en función del número de habitantes de la población; así para población que no exceda de los 20.000 habitantes se abonará 100 pesetas y para aquellas mayores de 100.000 alcanzaría las 200 pesetas²¹.

establecidas, opten por indemnizar mediante pensiones anuales, cuya cuantía se ha procurado establecer con criterio parecido...”.

¹³ V. art. 12.de la Ley y art. 71 del Reglamento para la aplicación de la Ley, aprobado por RD. 28-7-1900.

¹⁴ V. art. 5.

¹⁵ También: a) Los descendientes legítimos, limitándolos sólo a los hijos y nietos huérfanos menores de 16 años; y b) Los ascendientes –padres y abuelos– si eran sexagenarios, careciesen de recursos económicos y no concurrieran con la viuda o descendientes. Siendo necesario que el hijo o nieto huérfano estuviere al cuidado del causante, de aquí que si el nieto se hallaba internado en hospicio careciera de derecho por la muerte del obrero (STS 11-6-1919). Por otro lado, recuérdese que se consideraban legítimos a los hijos procreados por los cónyuges durante su matrimonio, y también, en ciertos casos, los concebidos antes del matrimonio y nacidos después de la celebración de este. Legitimados eran los hijos concebidos y nacidos antes del matrimonio que pasaban a ser considerados como legítimos por subsiguiente matrimonio o por concesión soberana.

¹⁶ Cuando se trataba de descendientes –hijos y nietos– se exigía que hubieran sido abandonados por su padre o abuelo viudo, o que vinieren de un matrimonio anterior de la trabajadora. Respecto a los ascendientes -padres y abuelos- los condicionantes eran los mismos que cuando el causante era hombre.

¹⁷ Y el cumplimiento de los 16 años para los descendientes.

¹⁸ Gaceta de 11 de enero.

¹⁹ Gaceta de 31 de diciembre. Debe advertirse que este Reglamento, art. 122 dejó subsistente para los accidentes de mar el Decreto de 1919 antes analizado.

²⁰ V. art. 6.

²¹ V. art. 16.

- b) *Prestaciones derivadas de supervivencia*. Se mantiene la obligación de indemnizar a la viuda y parientes en una cantidad que estaba en función del salario del fallecido²². Y se abre la posibilidad de que el varón acceda a la indemnización, siempre que su subsistencia dependiera de la víctima²³.

En cuanto a la acción protectora: su estructura era similar, manteniéndose el carácter excluyente según grupo de beneficiarios, si bien debe destacarse lo siguiente:

- Se prevé que el pago de la indemnización pueda hacerse de una sola vez o en forma de pensión. En este caso, se requiere que se garantice su percepción en la forma y cuantía que determina la Ley²⁴ y la conformidad de los derechohabientes²⁵.
- -Se equipara la cuantía de la prestación de la viuda con hijos o nietos huérfanos a la de los hijos y nietos cuando no exista viuda²⁶.
- La cuantía mínima del salario diario de referencia era de 2 pesetas²⁷.
- Se establecen fórmulas para la distribución de la prestación cuando viuda e hijos de otro matrimonio anterior concurren²⁸.
- Se equipararán las viudas sin hijos a las viudas con hijos mayores de 18 años a los efectos indemnizatorios²⁹.
- Se mantiene el incremento de la prestación cuando el accidente se produzca en establecimientos u obras cuyas máquinas, artefactos carezcan de aparatos de precaución. Si bien se precisa que este riesgo de indemnización especial no podrá ser objeto de aseguramiento³⁰.
- De igual forma se prevé la creación de un Fondo Especial de Garantía ante hipotéticos incumplimientos patronales o de entidades aseguradoras³¹. Sin embargo cuando el Reglamento se aprobó, nada se dijo respecto al mismo en su articulado, de aquí que los preceptos de la Ley quedaran en letra muerta³².

²² Otras novedades fueron: se amplía el ámbito subjetivo de los sujetos protegidos a: descendientes naturales reconocidos (art.6); a los hijos adoptivos, jóvenes prohijados o acogidos por la víctima siempre que estuvieran sostenidos por ella al menos un año antes del accidente y no tuvieran otro amparo (art. 6 regla 4.ª p. 2); se eleva la edad máxima de los beneficiarios descendientes a los 18 años, sin límite cuando fueran inútiles para el trabajo (art. 6); Se incluye también a los derechohabientes de operarios extranjeros que residan en territorio nacional. En caso de residencia en el extranjero, se estará al principio de reciprocidad de trato o a lo que dispongan los Tratados Internacionales (Art. 3 del RD 29-12-1922); y respecto de los padres o abuelos de la víctima se exigen que sean pobres, sexagenarios o incapacitados para el trabajo.

²³ Art. 6 regla 4ª. p. 2.º.

²⁴ Art. 9 Ley 10-1-1922.

²⁵ Art. 19 del R. D. de 29-12-1922.

²⁶ V. art. 6 regla 1ª y 2ª.

²⁷ Art. 10 p.3º de la Ley de 10-1-1922.

²⁸ Art. 6 RD. de 29-12-1922.

²⁹ Art. 7 RD. de 29-12-1922.

³⁰ Art. 6 regla 5ª de la Ley de 10-1-1922.

³¹ Art. 28 y ss de la Ley 10-1-1922.

³² En este sentido cabe citar la circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo que con relación a esta materia dictó en el año 1926. Vino la misma a encomendar a los Fiscales de las Capitales de provincias y a los

c) EL DECRETO DE 12 DE JUNIO DE 1931, DE BASES PARA LA APLICACIÓN A LA AGRICULTURA DE LA LEY DE ACCIDENTES DE TRABAJO³³

Este Decreto vino a dar respuesta a las demandas de los obreros del campo de que se extendiera a ella la protección por accidentes de trabajo iniciada para los trabajadores de la industria por la Ley de 30-1-1900³⁴. El diseño de la protección era similar al anteriormente señalado, es decir parte de³⁵: a) otorgar una indemnización a determinados derechohabientes³⁶; y b) el abono de unos gastos de sepelio.

El desarrollo reglamentario para la aplicación a la agricultura de la Ley de Accidentes de Trabajo se llevó a cabo por Decreto de 28-8-1931³⁷. La materia objeto de nuestro estudio se encuentra en los artículos 70 a 79 del mismo. Merecen ser destacados los siguientes aspectos:

En relación a la prestación de *supervivencia* y respecto a los beneficiarios hay que señalar que cuando el causante es mujer, a los hijos y nietos llamados a ser beneficiarios, se les exige ser huérfanos de padre³⁸.

Para el caso de que no quedaren derechohabientes (con derecho a las indemnizaciones previstas en los arts. 70 a 74), el patrono o la entidad subrogada en las responsabilidades empresariales, debían de ingresar el equivalente a seis meses de salario en el Fondo de Garantía³⁹, que se constituirá en el Instituto Nacional de Previsión⁴⁰.

En cuanto al aseguramiento, se exige a los patronos la obligatoriedad de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones relativas a las indemnizaciones⁴¹. Bien

Delegados de los Partidos, que cesara la práctica estéril de citar como responsable subsidiario al Instituto Nacional de Previsión, en los juicios sobre indemnización de accidentes de trabajo, tanto en las conciliaciones, como en los propios juicios a celebrar ante los Tribunales Industriales, en tanto en cuanto no se dicten las normas reglamentarias que establezcan los medios para que el Instituto satisfaga las responsabilidades que le incumben como ente gestor. Habría que esperar al Código de Trabajo de 1926, aprobado por Real Decreto-Ley de 23 de agosto, que en su capítulo X reguló con amplitud este Fondo Especial de Garantía.

³³ Publicada en la Gaceta de 13 de junio.

³⁴ V. Exposición de Motivos del Decreto de 12-6-1931. v. Samaniego Boneo, M. (1988): *Los Seguros Sociales en la España del siglo XX. La unificación de los Seguros Sociales a debate. La Segunda República*; pág. 311 y ss., MTSS, Madrid.

³⁵ Bases 6ª y 13ª del Decreto de 12-6-1931.

³⁶ Se mantiene la facultad patronal de optar por abonar pensiones vitalicias (art. 76 del Reglamento) en lugar de indemnizaciones.

³⁷ Gaceta de 30 de agosto. El Decreto de 22-9-1947 (BOE de 9 de octubre), modificó el art. 77 de este Reglamento de 28-8-31, elevando la cuantía de la prestación por gastos de sepelio, así para aquellos fallecimientos en poblaciones de -20.000 habitantes asciende a 200 ptas., en poblaciones de entre 20.000 a 100.000 habitantes será de 300 ptas.; y para poblaciones superiores a 100.000 habitantes llegará a 450 ptas.

³⁸ Art. 72 p. 2 del D. 28-8-1931. Cfr. con art. 6 regla 4ª de la Ley 10-1-1922.

³⁹ V. art. 79 D. 28-8-1931.

⁴⁰ V. arts. 126 y ss del D. 28-8-1931.

⁴¹ V. art. 80 D. 20-8-1931. Antecedente de esta obligación cabe encontrarla en el R.D. 15-10-1919, sobre obligación de los navieros de asegurar a sus dotaciones contra los accidentes del mar (Gaceta, 21 de octubre).

adscribiéndose a una Mutualidad⁴², bien a una Compañía de Seguros, legalmente constituida⁴³. El incumplimiento de esta obligación de asegurarse, además de generar las correspondientes sanciones, conlleva la responsabilidad directa del patrono en las obligaciones impuestas por la ley⁴⁴.

d) EL DECRETO DE 8 DE OCTUBRE DE 1932, TEXTO REFUNDIDO SOBRE ACCIDENTES DE TRABAJO EN LA INDUSTRIA⁴⁵

El texto refundido es consecuencia de la autorización prevista en la Ley de 4 de julio de 1932, de modificación del art. 168 del Código de Trabajo, sobre accidentes de trabajo en la industria para adaptarlo a los Convenios de la OIT de 1925⁴⁶. El reglamento para la aplicación de este texto refundido fue aprobado por Decreto de 31-1-1933⁴⁷. Como novedades más relevantes que podríamos señalar tenemos⁴⁸:

- En cuanto a los gastos de sepelio estos se fijarán en función de la población del término municipal en que el fallecimiento ocurra. Será de 200 pesetas para las poblaciones de menos de 20.000 habitantes, de 300 pesetas para las comprendidas entre 20.000 y los 100.000 habitantes y de 450 pesetas para aquellas poblaciones superiores a 100.000⁴⁹.
- Para las prestaciones de supervivencia, la novedad más importante que se introduce aquí será la de fijar como regla general que la indemnización a entregar al obrero o sus derechohabientes se hará en forma de renta, salvo que se solicite el abono en todo o en parte en forma de capital y a juicio de la autoridad competente se estime que el solicitante hará un empleo juicioso del mismo ofreciendo garantías de ello⁵⁰.

⁴² V arts. 82 y ss. D. 20-8-1931.

⁴³ V. arts. 106 y ss D. 20-8-1931.

⁴⁴ V. art. 80 y 122 del D. 20-8-1931.

⁴⁵ V. Gaceta de 12 de octubre.

⁴⁶ Gaceta de 7 de julio, ratificado por España en 22-1-1929, publicado (Gaceta 8 marzo). Esta Ley sería luego modificada en su Base 11ª, por la Ley de 13 de agosto de 1932, Gaceta de 16 de agosto. Téngase en cuenta -art. 66- que las disposiciones de este texto refundido fueron extendidas en su aplicación a los accidentes ocurridos en los trabajos de Guerra y Marina y demás Departamentos ministeriales.

⁴⁷ Gaceta de 2 de febrero.

⁴⁸ Respecto de otros beneficiarios que no sea el cónyuge viudo, las novedades más significativas fueron: a) Se amplía su ámbito a los hermanos menores de 18 años huérfanos y a cargo del obrero fallecido, a los que se considera en análoga situación a los jóvenes prohijados o acogidos por la víctima, sin que sea necesaria su inscripción en Registro Especial (art V. art. 28 del Decreto 8-10-1932 y art. 29 D. 31 enero de 1933); b) Se mantiene como beneficiarios a los jóvenes prohijados o acogidos por el fallecido, pero exigiéndoles a estos últimos que no tengan otro amparo y que estuvieran sostenidos por la víctima al menos con la antelación de un año antes del accidente V. art. 28 regla 4ª y 29 del Decreto 8-10-1932. Vease también la Orden 1 abril 1937 (BOE 6 abril), que regula la figura del acogimiento o "colocación familiar"; c) Cuando se trate de derechohabientes que acceden a la prestación por su inutilidad o incapacidad (hijos y nietos mayores de 18 años, padres y abuelos menores de sesenta años), se dispone que la misma no debe proceder de accidente de trabajo que ellos hubieren sufrido y por el que perciban renta igual o superior a la que como consecuencia del fallecimiento de su pariente les pudiera corresponder V. art.29 regla 5ª. p. 4º. del Decreto 8-10-1932.

⁴⁹ V. art. 20 del Reglamento modificado por el Decreto de 22-9-47 y también la Orden de 23-11-49.

⁵⁰ V. Base 1ª de la Ley de 4 de julio de 1932, art. 21 del Decreto de 8-10-1932, y art. 26 del D. 31-1-1933. La decisión sobre la procedencia o no de autorizar la entrega de un capital correspondía a una Comisión Revisora Paritaria Superior de Previsión Social, creada por Decreto de 7-4-1932, sus decisiones eran "libres". El límite máximo a autorizar para la entrega de capital se fijó en cuatro años de salario de la

- La indemnización concreta a percibir por los derechohabientes estará en función del salario efectivo que percibiere la víctima⁵¹.
- Se reconoce exención de pago de derechos reales a las pensiones que se abonen con motivo del accidente⁵².
- En principio las pensiones se prevén vitalicias para la viuda salvo que contraiga nuevo matrimonio y para los ascendientes y descendientes inútiles mientras que mantengan tal condición.
- Se prevé una forma de incremento de las pensiones –rentas– de la viuda y de los huérfanos ante determinadas vicisitudes⁵³. Así cuando la viuda contraiga matrimonio antes de llegar a la edad de dieciocho años el hijo mas joven, la totalidad de la renta será percibida por los menores.
- -Se mantienen reglas de reparto cuando conviven viuda e hijos de la misma con otros de matrimonio anterior o con hijos naturales reconocidos.
- -La obligación del patrono de asegurar el riesgo se mantiene⁵⁴, si bien se autoriza a que dicha obligación sea cumplida, mediante: a) seguro directamente convenido con la Caja Nacional que creará el Instituto Nacional de Previsión; b) la inscripción en Mutualidad Patronal; y c) mediante la suscripción de seguro con una Sociedad de seguros legalmente constituida.

e) EL DECRETO DE 22 DE JUNIO DE 1956, TEXTO REFUNDIDO DE LA LEGISLACIÓN DE ACCIDENTES DE TRABAJO⁵⁵

La Ley de 22 de diciembre de 1955⁵⁶ vino a unificar la legislación de accidentes de trabajo, ampliando a los trabajadores agrícolas los beneficios de que gozaban los trabajadores de la industria. El artículo 5º de la mencionada Ley, dispuso que se llevara a cabo una refundición de la misma con la de 8 de octubre de 1932, con las

víctima. En otros casos la respuesta negativa se razonaba así “*La buena conducta de la interesada, unida al deseo que expresa de atender mejor a sus dos hijas, no pueden ser motivos suficientes para la entrega del capital que solicita, y que piensa invertir en poner una tienda de comestibles; tanto por lo aleatorio del resultado que tal inversión pudiera producir al tratarse de un comercio, de naturaleza por sí fortuita, como porque habría de regirlo sólo la propia interesada, dada la poca edad de sus hijas, que es una mujer sin instrucción, ya que no sabe escribir, según consta en su instancia, sin que acredite, en cambio, tener la práctica necesaria para la empresa que piensa acometer, por lo que es racional abrigar el temor de que su resultado pudiera comprometer los recursos que en aquella se empleasen, con daño irreparable para los fines que la forma normal de indemnización procura más seguramente conseguir en este caso*” (Ac. 30-11-1933), recogido en la obra de García Ormaechea, R. (1935): *Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Comisión Superior de Previsión sobre Accidentes de Trabajo 1902-1934*, págs. 548, 550 y 551, Madrid

⁵¹ Dependiendo si el trabajador se había accidentado antes o después de 1-1-1944. V. art. 29 del Reglamento en su redacción original y tras la reforma al mismo llevada a cabo por el Decreto 29 septiembre 1943 (BOE 27 octubre)

⁵² V. Base 15ª de la Ley de 4 de julio de 1932, y art. 55 del Decreto de 8-10-1932.

⁵³ V. art.32 del D. 31-1-1933.

⁵⁴ V. Base 9ª de la Ley de 4 de julio de 1932, art. 38 del D. 8-10-1932 y art. 87 del D. 31-1-1933.

⁵⁵ B.O.E. de 15-7-1956.

⁵⁶ B.O.E. de 25-12-1955.

modificaciones introducidas en ella, juntamente con el Reglamento para su aplicación. Fruto de ello será el Texto Refundido y Reglamento de la Legislación de Accidentes de Trabajo aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956.

El régimen jurídico de la protección que a nosotros nos interesa se caracteriza por las siguientes notas:

- a) *Del riesgo protegido*. El riesgo protegido es la muerte⁵⁷ si bien, como más adelante se verá también protegerá la supervivencia de determinados derechohabientes.
- b) *De los sujetos beneficiarios*. Son sujetos beneficiarios las siguientes personas⁵⁸: la viuda⁵⁹ y el viudo, siempre que su subsistencia dependa de la mujer trabajadora víctima del accidente, debido a encontrarse incapacitado para el trabajo o bien concurrir alguna otra causa de carácter extraordinario.
- c) *De las prestaciones*. La acción protectora se traduce en dos indemnizaciones una para atender gastos de sepelio y otra para los derechohabientes en razón a la muerte del causante⁶⁰.

La indemnización a los derechohabientes por razón de la muerte, consistirá en una renta cuya cuantía será la siguiente⁶¹:

- *Viuda*. Su renta dependerá de que concurra o no con descendientes o asimilados. Si no tiene hijos calificados como derechohabientes su renta será

⁵⁷ El art. 2 de la Ley de 22 diciembre de 1955, dispuso “El Seguro Obligatorio de Accidentes de Trabajo cubrirá los riesgos de incapacidad permanente y muerte; lesiones definitivas que no constituyan incapacidad; incapacidad temporal y asistencia sanitaria, con las excepciones, en cuanto a estas dos últimas, que establezcan las disposiciones reglamentarias”. Ver también art. 1º del Reglamento en los mismos términos.

⁵⁸ V. art. 26 de la Ley y 51 del Reglamento.

También quedaban incluidos: a) Los descendientes menores de 18 años o inútiles para el trabajo – aquellos que tenían derecho alimentos conforme a la legislación común; b) Los asimilados a descendientes, hermanos del a víctima y adoptados o acogidos por ella menores de 18 años o inútiles para el trabajo; c) Los ascendientes legítimos –sin precisar grado–, naturales o adoptivos, padrastrros y madrastras, que a la condición de pobres se unan la de sexagenarios o incapacitados para el trabajo (si solo quedara madre viuda que conviviera con el fallecido, bastaba que acreditara la condición de pobre; y d) El Fondo de Garantía cuando la víctima no dejara derechohabientes de los comprendidos en los apartados anteriores.

⁵⁹ Sin que sea equiparable a la viuda la mujer que convivía con el productor fallecido (STS. 23-12-1958)

⁶⁰ V. art. 26 de la Ley y arts.52 y 54 del Reglamento.

⁶¹ V. art. 52 del Reglamento.

En el caso de:

- *-Descendientes* o asimilados (sin que exista viuda). Si sólo existe uno la renta será del 60% del salario. Si hay varios tal renta (la del 60%) se incrementa en un 10% más, por cada uno de los beneficiarios, con el límite del 100% del salario.
- *-Ascendientes* (sin que exista viuda ni descendientes o asimilados). Será del 30 o 40 por ciento del salario según quedase uno dos ascendientes. La cantidad se puede incrementar un 20 por cien más, en ambos casos, si tales ascendientes convivieran con el causante y a su costa al menos durante el año anterior a la muerte. Si los ascendientes no reuniesen las condiciones para recibir la renta en forma de pensión (que sean pobres y sexagenarios o incapacitados), recibirán del Fondo de Garantía, con cargo al capital a constituir en él un subsidio equivalente a un año de salario del causante si son dos, y a nueve mensualidades, si sólo es uno.
- *Fondo de Garantía*. Cuando no existan derechohabientes de los mencionados anteriormente, el patrono o la entidad aseguradora vendrá obligada a ingresar el capital necesario para constituir una renta del 30% del salario durante veinticinco años.

del 50% del salario⁶². Si concurre con descendientes o asimilados, la renta citada se incrementará un 10% por cada uno, con el límite del 100% del salario.

La indemnización por gastos de sepelio⁶³ consistirá en el importe de dos mensualidades del salario del causante, cifrado según los módulos previstos para la determinación de la renta de sus derechohabientes, con una cantidad mínima fijada en mil pesetas.

Estas prestaciones tenían una serie de privilegios, como su exención de pago de derechos reales, timbres, y de cualesquiera otros impuestos, contribuciones tasas o arbitrios⁶⁴. Se consideran como pertenecientes a los beneficiarios y gozarán de la exención del art. 428 del Código de Comercio sin que puedan ser objeto de cesión, embargo ni retención alguna, con arreglo al art. 31 de la Ley de 22 de febrero de 1908. Los capitales se constituirán en la Caja Nacional y se consideran, por ley, afectos a la constitución de las pensiones, no estando sujetos a embargos o reclamaciones de terceros⁶⁵. Finalmente, cualquier indemnización a abonar por razón del accidente se considera como bien exceptuado de embargo por el art. 1449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. LA LEGISLACIÓN PROTECTORA DE LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES

En el ámbito de las prestaciones de muerte y supervivencia las singularidades recogidas en el régimen jurídico de la protección a las enfermedades profesionales son mínimas. Se podría señalar las siguientes:

- La Ley de 8 de abril de 1932⁶⁶ vino a ratificar el Convenio número 18, relativo a la reparación de enfermedades profesionales aprobado en la VII reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo, que tuvo lugar en Ginebra. De acuerdo con el mismo, se debía asegurar a las víctimas de enfermedades profesionales o a sus derechohabientes, teniendo como orientación un fin reparador del daño causado tal y como hacía la legislación nacional sobre accidentes de trabajo.
- Dos años después se promulgó en España la Ley de Bases de Enfermedades Profesionales de 13 de julio de 1936⁶⁷, si bien su valor práctico fue escaso dada la inmediatez de la guerra civil.
- La Orden de 7 de marzo de 1941⁶⁸ dictará normas sobre prevención y reparación de esta enfermedad. Si bien habrá que esperar al Decreto de 3 de septiembre de

⁶² Para la determinación del salario base a efectos de rentas indemnizatorias ver los arts. 58 y ss. del Reglamento.

⁶³ V art. 54 del Reglamento.

⁶⁴ V. art. 47 del Reglamento.

⁶⁵ V. art.49 del Reglamento.

⁶⁶ V. Gaceta de 14 de abril.

⁶⁷ V. Gaceta de 15 de julio.

⁶⁸ BOE de 18 de marzo.

1941⁶⁹ que “*vendrá a abordar resueltamente el problema del seguro de silicosis en toda su amplitud y alcance*”⁷⁰, estableciendo un seguro obligatorio para las empresas e industrias en que es mas general esta enfermedad. Las medidas reparadoras deberán de ajustarse a la Ley de 8 de octubre de 1932 y su Reglamento de 31 de enero de 1933 y disposiciones complementarias⁷¹, fijando normas transitorias para los supuestos de silicosis anteriores a la fecha de entrada en vigor de esta norma.

El Reglamento de desarrollo de este Decreto fue aprobado por Orden de 14 de noviembre de 1942⁷². La única prescripción singular respecto a la muerte será la obligación del patrón asegurado de cuidar que por médico forense y a su costa, se practique la autopsia del obrero fallecido por tal causa⁷³. Con carácter general, en la determinación de las prestaciones económicas hay una remisión a lo previsto en el seguro de accidentes de trabajo⁷⁴. Si bien a la hora de fijar las indemnizaciones de los derechohabientes en caso de muerte por silicosis se tomará en consideración la situación laboral y salario que disfrutara el obrero en el momento de producirse la lesión⁷⁵.

El Decreto de 10 de enero de 1947⁷⁶ creó dentro de la Caja Nacional del Seguro de Accidentes de Trabajo del Instituto Nacional de Previsión, el “Servicio de Enfermedades Profesionales”, con el fin de llegar a la total implantación del Seguro de Enfermedades Profesionales. Por lo que respecta a las revisiones a solicitar por los derechohabientes cuando la silicosis se alega como causa productora de la muerte del obrero y se tenía reconocida tal condición, la previsión más original resulta ser la admisión de la revisión en cualquier momento⁷⁷. Considerándose como requisito indispensable para acreditar la relación de causalidad la práctica de la autopsia, cuya omisión es causa suficiente para que se desestime la petición de revisión

Por su parte el Decreto de 13 de abril de 1961⁷⁸ vendrá a incluir las enfermedades profesionales en el cuadro general de riesgos que protegía el Seguro de Accidentes de Trabajo, transformando el sistema financiero del mismo, que pasa de ser un reparto de cargas por grupos de enfermedades profesionales, a otro general de reparto de rentas entre entidades aseguradoras de accidentes de trabajo y la Caja Nacional⁷⁹. El Decreto sería desarrollado por Orden de 9 de marzo de 1962⁸⁰, supuso un cambio fundamental en la organización del aseguramiento de las enfermedades profesionales. Creándose además la llamada “*Obra Social de Grandes Inválidos y Huérfanos de fallecidos por*

⁶⁹ BOE de 7 de enero.

⁷⁰ V. Exposición de Motivos de dicho Decreto.

⁷¹ Art. 4 del Decreto.

⁷² BOE de 20 de noviembre.

⁷³ V. artículo 7 letra d) y artículo 24 de tal Orden.

⁷⁴ V. art. 30 y 34 de la Orden.

⁷⁵ V. art. 34 de la Orden.

⁷⁶ BOE de 21 de enero.

⁷⁷ V. art. 15, regla 4ª del Decreto y artículo 83.2 de la Orden de desarrollo.

⁷⁸ BOE de 30 de mayo. El Decreto de 10 de enero de 1947, antes analizado, sólo tuvo virtualidad para dos de los dieciséis grupos de enfermedades profesionales, la silicosis y el nigotasmus de los mineros. Además, se le criticaba el excesivo coste que suponía para las empresas su régimen financiero, ya que el mismo al ser de reparto de cargas entre las empresas en que pudiera producirse tal riesgo, implicaba un desigual gravamen para las mismas, que además de asumir el de la póliza de accidentes de trabajo, tenían que asumir éste.

⁷⁹ V. artículos 5 del Decreto y 18 a 32 de la Orden de desarrollo.

⁸⁰ BOE de 29 de mayo.

Accidentes de Trabajo o Enfermedad Profesional” dependiente del Fondo Compensador⁸¹. Esta “*Obra*” dispensaba una serie de prestaciones, de carácter discrecional y dependiendo de las disponibilidades financieras con que contase. Los beneficiarios serían⁸²: 1º) Los descendientes menores de 18 años de los obreros declarados en situación de Gran Inválido, Invalído permanente total o absoluta; 2º) Los huérfanos y viudas de trabajadores muertos por enfermedad profesional.

En su determinación el Patronato de la *Obra*, debería tomar en consideración las circunstancias familiares y económicas de los mismos, su orientación profesional y capacidad intelectual⁸³.

Las prestaciones que dispensaba, básicamente iban dirigidas a los huérfanos ya que con referencia a la prestación que se otorgaba a la viuda quedó limitada reglamentariamente a percibir en su calidad de madre de huérfano menor de 7 años una pensión complementaria, compatible con la legal para atención de vestuario o alimentación de su hijo. Finalmente resulta interesante destacar que la previsión del art. 30 del Decreto de 13 abril 1961, relativa a revalorización de pensiones, tuvo su primera concreción en la Orden de 6 septiembre de 1962⁸⁴, fijando como importe de las pensiones por supervivencia⁸⁵ las siguientes: a) para las viudas una pensión mínima de 500 pesetas / mensuales que se incrementara en 100 pesetas por cada hijo o asimilado; b) para los descendientes y asimilados una pensión mínima mensual de 500 pesetas. por el primero y 100 pesetas más por cada uno de los restantes beneficiarios; y c) para los ascendientes la pensión mínima será de 500 pesetas/mensuales si hay uno sólo o de 750 pesetas/mensuales si son dos.

C. LA MUERTE Y SUPERVIVENCIA EN LA LEGISLACIÓN PROTECTORA DE RIESGOS COMUNES⁸⁶

1. SU PROTECCIÓN DENTRO DE LA COBERTURA DE LOS RIESGOS DE VEJEZ E INVALIDEZ

a) EL RETIRO OBRERO

El RD 11 marzo 1919 estableció el primer Seguro Social obligatorio en España con el nombre de Retiro Obrero, aprobándose el Reglamento para su aplicación por RD 21 enero 1921⁸⁷.

Este Seguro Social tenía como fin primordial la protección de la vejez, aunque también con carácter transitorio y mientras no se organizará un seguro de invalidez complementario del de retiros, contemplaba un régimen transitorio de protección a los inválidos⁸⁸.

⁸¹ V. artículo 31 del Decreto.

⁸² V. artículo 32 del Decreto.

⁸³ V. artículo 34 del Decreto.

⁸⁴ Boletín-Gaceta de 25 septiembre.

⁸⁵ También fijo la cuantía de las relativas a invalidez

⁸⁶ Véase Rodríguez Iniesta, G.: *La viudedad en el Sistema Español de Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 2006, págs. 63 a 100.

⁸⁷ Gaceta 23 enero.

⁸⁸ Art. 78 del Reglamento.

Por razones obvias la muerte sólo se recoge de forma indirecta, como la posibilidad de acceso de los derechohabientes a las prestaciones devengadas y no percibidas por su titular⁸⁹. También el Retiro Obrero contemplará la posibilidad de que las familias de los titulares de libretas de pensión de retiro no se vean privadas de alcanzar beneficio cuando el titular desaparezca o se carezcan de noticias de él durante un largo lapso de tiempo, así articulará una serie de reglas o normas administrativas sobre declaración de ausencia y presunción de muerte en el Instituto Nacional de Previsión, con el fin de evitar los complejos y largos procedimientos civiles, será la O. 21 mayo 1931⁹⁰, la que regulará un procedimiento especial para ello.

b) EL SUBSIDIO DE VEJEZ

El Retiro Obrero será sustituido por el denominado *Subsidio de Vejez* por Ley 1 septiembre 1939⁹¹, desarrollada por Orden 2 febrero 1940⁹². La Ley vino a sustituir el régimen de capitalización de las pensiones de Retiro Obrero por el pago de pensiones fijas, denominándolas subsidios de vejez.⁹³ Al igual que en el Retiro Obrero tendrán derecho a protección las situaciones de vejez por cumplimiento de una determinada edad y las de invalidez⁹⁴.

De la misma manera que hizo el Retiro Obrero, el fallecimiento del subsidiado supondrá un derecho al devengo de tales prestaciones del familiar en cuya compañía hubiere vivido durante el tiempo a que corresponda el subsidio devengado y no percibido⁹⁵. Adviértase que las previsiones del Retiro Obrero ofertaban tal saldo del fondo de capitalización a los “derechohabientes” sin más⁹⁶. En consecuencia, habría que estar a las normas del Código Civil. Por contra –más justo y equitativo– el subsidio fija sus propias reglas, y deja a un lado las del Código Civil y lo defiere al “...*familiar en cuya compañía hubiese vivido durante el tiempo a que corresponda el subsidio no percibido*”. Curiosamente la Orden de desarrollo de 2 febrero 1940 varió el sistema de ofrecimiento de las prestaciones devengadas y no percibidas, estableciendo en su art. 11 que la entrega se haría del siguiente modo: al cónyuge sobreviviente y en su defecto a los hijos exclusivamente⁹⁷.

⁸⁹ “Si el interesado muriera antes de haberse agotado su fondo de capitalización, el saldo del mismo será entregado a sus derechohabientes”, reza el núm.2 del art. 42 del Reglamento.

⁹⁰ Gaceta 22 mayo.

⁹¹ Boletín Oficial del día 9.

⁹² Hubo un primer desarrollo reglamentario de carácter provisional por O. 6-10-1939 (Boletín Oficial del 11).

⁹³ V. art. 1 de la Ley

⁹⁴ V. art. 7 de la Orden de desarrollo.

⁹⁵ V. art. 7 de la Orden de desarrollo.

⁹⁶ No obstante, la O. 21 mayo 1931 (Gaceta 22 mayo) que regulaba la declaración de ausencia y presunción de muerte en el INP, hablaba de los “*herederos que define el derecho especial sucesorio de la legislación social*”.

⁹⁷ Si bien y dado que “*son numerosos los casos de ancianos subsidiados que se encontraban recogidos y asistidos en los últimos años de su vida en hogares de otros parientes, y aun de personas extrañas, quienes, no obstante, les prestan los solícitos cuidados que su edad requiere y satisfacen los gastos que su última enfermedad impone*”, se entendió que era equitativo extender en favor de estas personas el derecho al percibo de tales devengos. Por ello, la O. 11 julio 1942 modificó el art. 11 de la O. 2 febrero de 1940, en el sentido de que a falta de cónyuge e hijos el subsidio de devengado y no percibido por su titular sería entregado al familiar o persona extraña en cuya compañía hubiera vivido el anciano subsidiado.

c) EL SEGURO OBLIGATORIO DE VEJEZ E INVALIDEZ

El Subsidio de Vejez mediante D. 18 abril 1947 se integró en el denominado Seguro de Vejez e Invalidez⁹⁸. Como es sabido su principal novedad fue la implantación de una cobertura específica del riesgo de invalidez. La O. 18 junio 1947⁹⁹ dictará normas para la aplicación del Decreto anterior y concretamente su artículo 8 dispondrá qué hacer sobre las prestaciones de invalidez devengadas y no percibidas por el beneficiario en razón a su muerte, limitando el acceso al cónyuge y en su defecto a los hijos.

Habrá que esperar al DL. 2 septiembre 1955¹⁰⁰ que ampliará las prestaciones del SOVI y modificará su cotización. La importancia para nosotros radica en que se reconocerá como riesgo protegido la supervivencia del cónyuge¹⁰¹, estableciendo pensiones de viudedad. Su régimen jurídico será el siguiente:

- a) *Sujeto causante*. Varón beneficiario del SOVI o con derecho a sus prestaciones que fallezca con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto Ley¹⁰².
- b) *Sujeto beneficiario*. Mujer con 65 años cumplidos o incapacitada para el trabajo (caso de que no alcanzare dicha edad a la muerte del trabajador, pero tuviere mas de cincuenta, podrá solicitar dicha prestación a los 65 años), que no tenga derecho al SOVI, que hubiere contraído matrimonio al menos con diez años de antelación a la fecha del fallecimiento; y que hasta la fecha del mismo viniera conviviendo con el causante (caso de separación también tendrá derecho cuando no se hubiese producido la misma por su culpa).
- c) *Prestaciones*. La prestación era una pensión cuya cuantía ascendía al 50% del subsidio reconocido al causante¹⁰³. Prestación que era incompatible con la de vejez e invalidez –del SOVI– pudiendo en su caso optar por aquella que más interesase al beneficiario¹⁰⁴, si bien eran compatibles con las prestaciones que los subsidios familiares reconocían a las viudas y también con las otorgadas por las Mutualidades Laborales¹⁰⁵. La pensión ha de solicitarse por la viuda y se comenzará a percibir a partir del día primero del mes siguiente al fallecimiento del causante. Se prevé que las solicitudes tardías tengan un plazo máximo de efectos retroactivos de un año prescribiendo en todo caso a los cinco años desde el fallecimiento.

⁹⁸ Boletín Oficial 5 mayo.

⁹⁹ Boletín Oficial 20 junio.

¹⁰⁰ Boletín Oficial 23 octubre.

¹⁰¹ Arts. 3 a 7.

¹⁰² La entrada en vigor en atención a su Disposición Final 1ª fue el 1 enero 1956. Sobre la posibilidad de que aun no teniendo el causante 65 años cumplidos, pero si la carencia de 1.800 días a dicho seguro, puedan causar prestaciones en favor de las viudas al cumplir estas los 65 años véase la Res. 25 junio 1974 de la Dirección General de Seguridad Social, Boletín del Mutualismo Laboral, julio núm.202).

¹⁰³ V. O. 30 junio 1964 (Boletín Oficial 27 julio), sobre Mejora de prestaciones y pensiones en el SOVI y en el Mutualismo Laboral.

¹⁰⁴ V. O. 10 agosto 1957 (Boletín Oficial del 15).

¹⁰⁵ V. Del Peso Calvo, C. (1967): “De la protección...”, ob. cit., pág. 82.

La pensión se extinguía con el fallecimiento o matrimonio de la viuda y queda en suspenso su percepción durante el tiempo en que la misma realice trabajos remunerados por cuenta ajena o los desempeñe por cuenta propia y obtenga por ellos beneficios que sean como mínimos equivalentes al importe de la prestación.

2. EL SEGURO OBLIGATORIO DE ENFERMEDAD

La Ley de 14 diciembre 1942¹⁰⁶ estableció el Seguro Obligatorio de Enfermedad, reglamentado luego por D. 11 noviembre 1943¹⁰⁷. La legislación complementaria de desarrollo fue bastante extensa, en la mayoría de las veces con el claro propósito de ir solucionado las numerosas y complejas cuestiones que se iban planteando sobre las prestaciones y beneficiarios a los que afectaba, así como aquellas derivadas del personal sanitario. Ello llevó a que se entendiera conveniente reunir en un solo cuerpo legal la legislación complementaria, lo que se llevó a cabo por O. 19 febrero 1946 que aprobó el texto refundido de las disposiciones complementarias del Seguro Obligatorio de Enfermedad¹⁰⁸.

Se proclamaban como fines del seguro: a) la atención sanitaria en caso de enfermedad¹⁰⁹ y maternidad¹¹⁰; b) concesión de prestaciones económicas por la pérdida de retribución debida a enfermedad¹¹¹ u originada por descanso obligatorio o voluntario¹¹²; y c) para la atención de gastos funerarios¹¹³. También la Ley y Reglamento encomendaban al Seguro funciones de medicina preventiva.

De la acción protectora del Seguro sólo nos interesa, en primer lugar, destacar la previsión contenida en el art. 89 del Reglamento, relativa al abono de las indemnizaciones devengadas y no percibidas por la asegurada cuando ésta muriera después de dar a luz, en cuyo caso la misma se entregaría a la persona o Institución particular que recogiere y cuidare al recién nacido; y en segundo lugar la prestación de indemnización para gastos funerarios. En ella nos detendremos.

Se trataba de una prestación que puede considerarse como complementaria de las fundamentales o básicas del Seguro. Cuando falleciera un asegurado¹¹⁴ el Seguro

¹⁰⁶ Boletín Oficial 27 diciembre.

¹⁰⁷ Boletín Oficial 28 noviembre.

¹⁰⁸ Boletín Oficial 18 septiembre. En realidad, no se trató de una literal refundición de textos, puesto que en algunos casos incluía normas nuevas tendentes a resolver cuestiones tales como la posición de la clase médica, el ejercicio de derechos por parte de empresas y beneficiarios, etc. V. la exposición de motivos de la Orden.

¹⁰⁹ Sobre su contenido v. arts. 33 a 45 y 59 a 71 del Decreto.

¹¹⁰ Sobre su contenido v. arts. 46 a 58 del Decreto.

¹¹¹ Sobre su contenido v. arts. 72 a 85 del Decreto.

¹¹² Sobre su contenido v. arts. 86 a 93 del Decreto.

¹¹³ Sobre su contenido v. arts. 94 y 95 del Decreto.

¹¹⁴ Sobre el concepto de asegurado, beneficiarios, v. la Disp. Preliminar del Reglamento. Así por “Asegurado” se entendía todo productor comprendido dentro del campo de aplicación de la Ley debidamente inscrito en el Seguro. Por “beneficiario” había que entender tanto al asegurado como a los familiares con derecho asistencia sanitaria (cónyuge, descendientes, ascendientes e hijos adoptivos y los hermanos menores de dieciocho años e incapacitados de forma permanente para el trabajo, que convivieran con el asegurado y a sus expensas, art. 20 del Decreto). La indemnización se limita a la muerte del asegurado.

concedía una indemnización para gastos funerarios, cuya cuantía era veinte veces el importe de la retribución diaria del mismo¹¹⁵. Esta indemnización era –en principio– incompatible con cualquier otra análoga que pudiera concederle su contrato de trabajo u otros seguros sociales¹¹⁶ pudiendo optar los derechohabientes por la que estimasen más conveniente¹¹⁷. Así mismo debemos de tener en consideración la Resolución de 5 junio 1960 de la Dirección General de Previsión¹¹⁸ que declaró que “*Es procedente el abono de la indemnización de gastos funerarios que otorga el Seguro de Enfermedad cualquiera que sea la causa del fallecimiento del interesado, inclusive la del accidente de trabajo....*”. Por contra la Resolución de 17 septiembre 1962 de la Dirección General de Previsión, a consulta sobre la procedencia de abono de la indemnización por gastos funerarios del Seguro Social de Enfermedad a los pensionistas de la Caja Nacional del Seguro de accidentes declaró que era improcedente su concesión¹¹⁹.

Los requisitos o condiciones eran los del encontrarse el asegurado al corriente en el pago de sus primas al tiempo de ocurrir el fallecimiento, con independencia de su antigüedad en el Seguro y el número de cotizaciones ingresadas¹²⁰; haber durado la incapacidad hasta su muerte si el asegurado fallece a consecuencia de la enfermedad en el año siguiente al plazo en que terminó la indemnización de aquélla¹²¹; en este caso basta que por los servicios médicos se acredite la prolongación de la incapacidad, y por los beneficiarios, que fueron ingresadas las primas durante el período de enfermedad con indemnización¹²².

3 LOS SUBSIDIOS FAMILIARES Y EL PLUS FAMILIAR

a) LOS SUBSIDIOS FAMILIARES

La Ley de Bases de 18 julio 1938 creó un Seguro Social denominado “*Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares*”¹²³, cuyo fin era “*proporcionar a los trabajadores por cuenta ajena un auxilio económico en relación con el número de hijos o asimilados a ellos que tengan a su cargo y vivan en el hogar familiar...*”¹²⁴, e iba dirigido a “*...trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su estado civil, edad, sexo, forma y cuantía de la remuneración y clase de trabajo, que tengan hijos o asimilados a ellos que vivan a cargo y en su hogar, y que sean menores de catorce años...*”¹²⁵. La Ley verá su desarrollo reglamentario en el Decreto 20 octubre 1938¹²⁶. El Subsidio familiar, en

¹¹⁵ V. art. 15 D. 7 de junio de 1949.

¹¹⁶ V. art. 95 del Reglamento.

¹¹⁷ V. art. 15 D. 7 abril 1949.

¹¹⁸ Boletín Oficial 31 octubre.

¹¹⁹ Boletín Oficial 31 octubre.

¹²⁰ V. RDGP 31 diciembre 1947.

¹²¹ Que eran 26 semanas como máximo, art. 77 del Reglamento.

¹²² V. art. 95 del Reglamento.

¹²³ Boletín Oficial de 19 julio. Un antecedente de la protección a las cargas familiares lo podemos encontrar en el DL 21 junio 1926 que otorgaba subsidios a las familias numerosas a partir del octavo hijo.

¹²⁴ Art. 1 Ley 18 julio 1938

¹²⁵ Art. 3 Ley 18 julio 1938. Su extensión fue progresiva, v. gr. a los trabajadores del Estado, Provincia y Municipio por O. 9 marzo 1939; a los trabajadores a domicilio por D. 10 noviembre 1942; a los trabajadores agrícolas por Ley 10 febrero 1943; a los enfermos de lepra por D. 5 marzo 1948; al servicio doméstico por Ley 19 julio 1944.

¹²⁶ Boletín Oficial 26 octubre.

su “*rama general*”¹²⁷, vendrá a conceder un subsidio¹²⁸ a los hijos legítimos, naturales reconocidos, y a hijos de la cónyuge¹²⁹, a los adoptados legalmente y nietos¹³⁰ o hermanos que no tenga por otro motivo derecho al subsidio, cuyos padres hayan muerto o estén incapacitados para el trabajo¹³¹. Requisito para ser beneficiario era ser menor de catorce años o inválido absoluto para el trabajo desde antes de cumplir dicha edad¹³²; vivir en España a cargo y en el domicilio del subsidiado, salvo casos justificados apreciados libremente por la Caja Nacional¹³³.

La prestación era un subsidio igual para todos los subsidiados y en función del número de beneficiarios que tenían a su cargo¹³⁴. Se abonaba al cabeza de familia, salvo que no

¹²⁷ En terminología de aquella época en los subsidios familiares se distinguía la Rama General y seis Ramas Especiales: de funcionarios, viudedad y orfandad, escolaridad, nupcialidad, natalidad y maternidad.

¹²⁸ Téngase en cuenta que la Disposición preliminar del D. 20 octubre 1938, precisó a efectos terminológicos lo siguiente: “...Se entenderá: a) Por subsidio familiar, la suma asignada al subsidiado, en atención a sus cargas de familia y para ayudar a su sostenimiento. b) Por beneficiario, el hijo o asimilado a el del subsidiado que reúna las condiciones legalmente prescritas y en atención y beneficio del cual se otorga el subsidio. c) Por subsidiado, el asegurado con derecho a subsidio, por tener beneficiarios a su cargo. d) Por asegurado, todo trabajador por cuenta de un patrono afiliado, que reúna las condiciones exigidas por este Reglamento. e) Por afiliado, el patrono comprendido en el Régimen obligatorio de subsidios familiares y por cuenta del cual trabaja el asegurado. f) Por cuota la cantidad única o periódica que han de pagar los afiliados y los asegurados a quienes alcance este deber”.

¹²⁹ No alcanza a la hija natural habida por viuda con posterioridad al fallecimiento del marido, no se puede considerar beneficiario por no ser descendiente del causante que es quien da origen, RDGP 5-1-1946.

¹³⁰ La Resolución de la Dirección General de Previsión de 26 marzo 1945, niega la condición de beneficiario con respecto del abuelo al nieto - hijo natural - cuyo padre es asegurado en el Régimen de Subsidios Familiares. Si bien los beneficios del Régimen de Subsidios Familiares no se limitaban al parentesco legítimo, sino también a los descendientes naturales, alcanzando en su caso a los nietos, RDGP. 28-2-1946.

¹³¹ No alcanza a los bisnietos, RDGP 5-3-1947.

¹³² Adviértase que la incapacidad que se exige es “*absoluta para el trabajo*” (art. 11.b. D. 20-10-1938) por lo que no cabe considerar incapacitado para el trabajo, quien a la edad de dos años sufrió una parálisis infantil que afectó al miembro inferior izquierdo, con deformidades óseas, que si bien afectan de forma importante a la deambulación, no le impiden trabajar sentado, RDGP 26-11-1946.; tampoco quien aun sufriendo incapacidad física “puede dedicar sus actividades a una profesión artesana, como, por ejemplo, la de zapatero y otra análoga...” RDGP 24-2-1947; tampoco cabe considerar incapacitado a quien padece una hernia inguinal izquierda, por ser susceptible de tratamiento o intervención RDGP 5-3-1947. Por contra cuando se habla de interpretar el término incapacidad para los hermanos, la doctrina administrativa de la Dirección General de Previsión, entiende que el art. 11 p.2 debe ser interpretado en sentido literal y que no cabe darle mayor extensión de lo que exactamente se derive de su redacción, por lo que si la condición para obtener el subsidio, cuando subsiste el padre del asegurado, estriba solamente en la incapacidad de aquél para el “trabajo”, no cabe referirla a otros términos que al que habitualmente desempeñara; porque en otro caso, se hubiese empleado el término para “todo trabajo”, R.DGP 20-1-1944.

¹³³ Sobre este requisito la RDGP de 7-10-1946 dispuso lo siguiente: “*Uno de los requisitos que exige el artículo 11 ... es que los hijos vivan en el hogar del subsidiado y a su cargo, circunstancias éstas que no concurren en el recurrente, ya que ha quedado demostrado en forma auténtica que su esposa tiene los hijos a su cargo por separación de aquél, El artículo 21 del mismo texto legal autoriza a la C.N.S.F. para acordar el abono del subsidio a la madre de los beneficiarios, ...debiéndolo percibir quien la tenga a su cargo, y no quien, como el recurrente alega unos supuestos derechos derivados de la patria potestad, pero olvida las obligaciones correlativas*”. V. también la RDGP de 22 noviembre 1945.

¹³⁴ Eran características del subsidio (arts.13, 14, 15, 19 y 20 del Reglamento): su unidad, no podía percibirse más de uno por familia, aunque fueran varios los miembros de ella que tuvieran la condición de asegurados; no podían ser objeto de cesión, retención ni embargo; no era un “súper-salario” ni formaba parte de él; podía ser mejorado (por las empresas, corporaciones, etc.), y prescriben al año de su devengo.

ostentara la patria potestad del beneficiario, en cuyo caso se autorizaba a que fuera percibida por la persona que lo tuviera a su cargo¹³⁵.

Ni la Ley ni el Reglamento para su aplicación contendrán previsión alguna respecto a situaciones derivadas de la muerte del asegurado y la supervivencia de los beneficiarios. La protección es en principio para los trabajadores en activo, quedando “... fuera del sistema el momento más difícil de la vida económica familiar: el fallecimiento del padre, cuando por no ser la mujer trabajadora activa, carece del carácter de subsidiada...”¹³⁶. Será la Ley 23 septiembre 1939¹³⁷ la que extiende los subsidios familiares a viuda y huérfanos¹³⁸. El reglamento para la aplicación de la Ley se aprobará por O. 11 junio 1941¹³⁹ y se establecerán dos subsidios, uno de viudedad y otro de orfandad¹⁴⁰.

El *subsidio de viudedad* iba dirigido a las viudas cuyo esposo hubiere estado asegurado en el subsidio familiar y que cumplan los siguientes requisitos¹⁴¹: que ni ella, ni ninguno de sus hijos o nietos huérfanos absolutos, a su cargo tengan el carácter de subsidiados; que carezcan de medios de fortuna suficientes para su sostenimiento; que no disfruten

La cuantía del subsidio estaba determinada en una escala o tabla en la que según el número de hijos se correspondía con una cantidad de subsidio determinada.

¹³⁵ Sobre el particular v. la RDGP de 5-3-1947 que dispuso lo siguiente: “*Si bien el artículo 21 del Reglamento de 20 octubre de 1938 establece que el Subsidio Familiar se otorgará al cabeza de familia, cuando entre los padres de los beneficiarios no se ha celebrado matrimonio y de los hijos tan sólo uno de ellos aparece reconocido por los dos e inscrito en el Registro Civil y el otro únicamente por la madre, hay que tener en cuenta que no existe una “familia” por no aparecer ninguna relación jurídica entre el padre y la madre de los hijos, por lo que procede declarar subsidiada a la madre trabajadora, siempre que demuestre documentalente, por certificación de la Alcaldía y del Registro Civil, que tiene dos hijos cuando menos naturales reconocidos que conviven con ella y a su cargo y que el padre no es el sostén de dichos menores*”.

Sobre este asunto con carácter general la O. 30-10-1944 (Boletín Oficial 2 noviembre) vino a disponer lo siguiente:”.....*Ante el peligro de que se prive a los verdaderos beneficiarios del subsidio concedió en razón a ellos, esta Presidencia del Gobierno se ha servido disponer, como aclaración a la legislación sobre subsidios familiares, que en aquellos caos en que el funcionario, empleado o trabajador asalariado no ejerza, de hecho o de derecho, la patria potestad sobre sus hijos menores, el subsidio familiar que por el número de éstos, le corresponda será satisfecha a la persona que demuestre en forma ante el organismo o entidad encargado de hacer el pago que los menores en cuyo favor se otorga el derecho a percepción del subsidio se hallan bajo su guarda y custodia*”.

¹³⁶ V. la Exposición de motivos de la Ley 23-9-1939 por la que se amplían los beneficios de los subsidios familiares a viudas y huérfanos del trabajador.

¹³⁷ Boletín Oficial 8 octubre.

¹³⁸ Además, también amplió la escala de subsidios hasta entonces vigente a las viudas con un hijo que reúnan los requisitos para ser subsidiadas y a los trabajadores huérfanos de padre que tenga a su cargo familiares, v. art.3 de la Ley.

¹³⁹ Boletín Oficial 18 junio.

¹⁴⁰ V. art. 1 O. 11-6-1941. El *subsidio de orfandad* iba dirigido a huérfanos menores de catorce años o inútiles absolutos para el trabajo cuyos padres hayan fallecido y siempre que uno de ellos haya estado asegurado en el régimen de subsidios familiares¹⁴⁰. Quedaban fuera los huérfanos absolutos acogidos en Asilos o Establecimientos que en cualquier forma se encuentre bajo la tutela del Estado, Corporaciones o Fundaciones oficiales o particulares. El abono se hacía a la persona que acreditara tener a su cargo al huérfano y se percibía en tanto en cuanto no se cumpla los catorce años el último de los huérfanos y salvo que alguno fuera inútil absoluto para el trabajo

¹⁴¹ V. art. 3 O. 11-6-1941. Era inexcusable la posesión de estado de viudedad para tener derecho a la percepción de beneficios que otorga a los trabajadores con un solo hijo menor de catorce años (R. DGP. 29-3-1946, recogida en la obra “Jurisprudencia del Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares, INP, 1947, pág. 125).

de pensión de viudedad u orfandad superior a 4.000 pesetas / anuales, y que no satisfagan contribución al Tesoro superior a 300 pesetas / anuales¹⁴².

El subsidio estaba en función del número de hijos o nietos menores de catorce años o incapacitados para el trabajo a cargo de la viuda de acuerdo con la siguiente escala¹⁴³: Viudas sin hijos o nietos 40 peseta; viudas con un hijo o nieto 70 pesetas; viudas con dos hijos o nietos 100 pesetas; viudas con tres hijos o nietos 130 pesetas; viudas con cuatro hijos o nietos 160 pesetas; viudas con cinco hijos o nietos 200 pesetas; viudas con seis hijos o nietos 250 pesetas; viudas con siete hijos o nietos 350 pesetas; viudas con ocho hijos o nietos 500 pesetas., por cada beneficiario más 200 pesetas.

La duración del subsidio dependía de si la viuda tiene hijos o no. Si no tiene percibirá el subsidio únicamente hasta el día en que se cumplan dos años del fallecimiento del cónyuge. Si los hay dura hasta que el menor de los hijos o nietos cumpla catorce años o contraiga nupcias y para el caso de que estemos ante viuda sin hijos hasta el día en que se cumpla dos años del fallecimiento del esposo¹⁴⁴.

La Ley de 23 septiembre 1939¹⁴⁵ extendió los beneficios del subsidio dentro de la rama general a: a) Viudas con un sólo hijo trabajador, y b) Huérfanos de padre y menores de edad que tenga a su cargo a hermanos menores o madre viuda¹⁴⁶.

Esta Ley además de extender los beneficios de la rama general y crear la rama especial de viudedad y orfandad, estableció como complemento de la orfandad un *subsidio de escolaridad* para los huérfanos de los trabajadores con el fin de compensar los gastos derivados de la escolaridad¹⁴⁷.

B) EL PLUS FAMILIAR Y EL RÉGIMEN DE AYUDA FAMILIAR

Como sistema complementario de los subsidios familiares nace el denominado, primero *Plus de Cargas Familiares*¹⁴⁸ y luego *Plus Familiar*, al calor de las Reglamentaciones Laborales como un primer paso para establecer el denominado “salario familiar” y reintegrar al hogar a las mujeres casadas que trabajan¹⁴⁹ estableciendo una prestación

¹⁴² En un principio la O. 11-6-1941 declara la incompatibilidad del subsidio como pensiones de viudedad del Estado, Corporaciones o Entidades oficiales o particulares. Será la O. 15-4-1952 (Boletín Oficial 25 mayo), la que admita la compatibilidad en los términos arriba expuestos.

¹⁴³ V. D. 14 septiembre 1943 (Boletín Oficial 6 octubre) que modifica la escala inicialmente establecida por el art. 4 de la Ley 23-9-1939 y concretada en el art. 7 de O. 11-6-1941.

¹⁴⁴ Art. 8 O. 11 junio 1941.

¹⁴⁵ Arts. 18 a 20.

¹⁴⁶ V. art. 20 O. 11 junio 1941. Los hermanos tenían que ser menores de catorce años o sufrir invalidez para el trabajo, no trabajar ellos, vivir en el hogar y a expensas de su hermano trabajador. Las madres debían de: no ser trabajadoras, vivir a su cargo y en el mismo hogar, tener cumplidos cincuenta años o encontrarse incapacitada para el trabajo.

¹⁴⁷ V. art. 7 Ley 23 septiembre 1939, arts. 22 a 25 O. 11 junio 1941 y D. 23 julio 1953 que lo amplía.

¹⁴⁸ V. O. 16 octubre 1952 (Boletín del 18).

¹⁴⁹ V. La Ley de Reglamentación de Trabajo de 16 octubre 1942, aunque ya la Reglamentación de la Banca Privada, aprobada por O. 28 abril 1942, recogía un plus transitorio de cargas familiares. El reconocimiento de este Plus se extendió “como la pólvora” a las diferentes Reglamentaciones de Trabajo, v. gr. Minas del Carbón de 6 junio 1942, Minas de Plomo de 16 julio 1942, Minas de Wolframio de 13 abril 1943; Siderurgia y Metalurgia de 16 julio 1942 y 30 noviembre 1943, Tranvías de Madrid de 20 julio 1942, Con posterioridad la O. 29 junio 1945 dada “La magnífica acogida que se ha dispensado a esta innovación -se refiere al Plus Familiar- y los altos y trascendentales principios a los que se sirve,

económica en proporción a las responsabilidades familiares, consistente en un Plus sobre su retribución o emolumentos normales. La norma básica la encontramos en la O. 29 marzo 1949¹⁵⁰ que actuará como una auténtica unificación de las disposiciones hasta entonces existentes. Las situaciones de muerte y supervivencia no están protegidas obviamente, sólo encontramos alguna referencia a ellas de forma indirecta (a la viudedad y orfandad), en el ámbito de sujetos con derecho, v. gr. los viudos con hijos¹⁵¹, o en la escala de reparto y asignación de puntos¹⁵².

Con el fin de intentar paliar los defectos y consecuencias indeseadas del Subsidio Familiar y del Plus Familiar¹⁵³ se promulgó el 14 abril de 1962¹⁵⁴ la Ley Reguladora de Ayuda Familiar con el objeto de conceder a los trabajadores incluidos en ella un sistema de ayudas económicas en atención a sus obligaciones familiares¹⁵⁵. El Régimen de Ayuda Familiar comprendía las siguientes prestaciones¹⁵⁶: 1º) Subsidio Familiar a los trabajadores en que se integraba el Subsidio Familiar anterior y el Plus Familiar; 2º) Subsidio Familiar a viudas y huérfanos; 3º) Premios de nupcialidad; 4º) Premios de natalidad; 5º) Premios extraordinarios de natalidad; 6º) Prestaciones de maternidad; 7º) Prestaciones de escolaridad.

El nuevo régimen no llegó a tener aplicación ya que el Decreto-Ley 2/1963, 17 enero¹⁵⁷ suspendió la aplicación de dicha Ley hasta tanto no se llevara a cabo la reestructuración de la Seguridad Social, con el propósito de contemplar las prestaciones familiares dentro del conjunto del sistema que en aquella fechas se perfeñaba.

4. LOS “REGÍMENES ESPECIALES” DE LOS SEGUROS SOCIALES¹⁵⁸

Las dificultades en aplicar las normas generales de los distintos Seguros Sociales a sectores como la agricultura, pesca, estudiantes, trabajadores de la naranja y otros

aconsejan extender esta mejora a aquellas Empresas cuyo personal no la disfruta todavía...”, generalizando en consecuencia la aplicación del Plus a cuantas actividades carecieran de él.

¹⁵⁰ Boletín Oficial 30 marzo.

¹⁵¹ Art. 8 b. O. 29 marzo 1946.

¹⁵² Art. 9 O. 29 marzo 1946.

¹⁵³ V. Exposición de Motivos de la Ley 14 abril de 1962. Una valoración puede verse en de la Villa Gil, L. E y Desdentado Bonete, A. (1977): “Manual.”, ob. cit., pág. “Al Subsidio Familiar se le acusaba de exiguas tanto en su valor absoluto como en el esfuerzo administrativo que para su sostenimiento había que hacer; al Plus su desentendimiento del problema en su conjunto nacional ya que sólo tenía en cuenta la solidaridad dentro de la Empresa, con olvido de la nacional. Ello provocaba diferencias excesivas entre perceptores y hacia que al depender dentro de cada Empresa el valor del punto de su número, hubiera intereses mezquinos, cerrando la puerta a cualquier trabajador cuyas obligaciones le den derecho a percibir cierto número de puntos. Ello provocaba la paradoja de que una Institución nacida para favorecer a la familia se convirtiera en obstáculo para la colocación de los que la tienen numerosa, en definitiva, a los más necesitados.

¹⁵⁴ Boletín Oficial 16 abril.

¹⁵⁵ Art. 1 de la Ley.

¹⁵⁶ Art. 4 de la Ley.

¹⁵⁷ Boletín Oficial 18 enero.

¹⁵⁸ Como ya se ha dicho en la Introducción el estudio se centra únicamente en la protección al viudo que se contempla en el Régimen General de la Seguridad Social, si bien se ha creído oportuno hacer una muy breve referencia a la protección que con anterioridad a la entrada en vigor del actual Sistema de Seguridad Social se ofrecía a colectivos singulares. Así se comprenderá mejor la situación previa y además podrá verse como algunas de las particularidades que para estos colectivos se señalan tendrán su continuidad en el actual sistema, incluso serán recogidas en algunas de las últimas reformas legislativas de las prestaciones objeto de estudio.

cítricos, cáñamo, resina, aprovechamientos forestales madereros, África Occidental Española, o a los enfermos de “*San Lázaro*”, llevó a que se dictara para ellos una específica regulación que teniendo en cuenta sus particularidades o peculiaridades extendieran debidamente a ellos los beneficios de los Seguros Sociales.

a) EL RÉGIMEN ESPECIAL PARA LA AGRICULTURA

La extensión de los Subsidios Familiares y de Vejez se inició con la Ley 10 febrero 1943¹⁵⁹, cuyo reglamento fue aprobado por D. 26 mayo 1943¹⁶⁰. El propósito de la Ley era simplemente *normalizar el percibo de subsidios sociales en el campo español, procurando, al propio tiempo, las mayores facilidades para ello*¹⁶¹.

Posteriormente por Decreto-Ley 23 julio 1953 y Decreto 18 octubre 1957¹⁶² se extendió a los obreros fijos primero y luego a los eventuales el Seguro de Enfermedad.

No obstante, lo anterior los beneficios de tales Seguros no actuaron en su plenitud, ni tampoco existía la protección que en la Rama General dispensaba el Mutualismo Laboral. Ello llevó a que el D. 5 septiembre 1958 creara el Servicio Nacional de Seguridad Social Agraria¹⁶³, con el objetivo de organizar adecuadamente la “*seguridad social campesina*”.

Como consecuencia de lo anterior se crea por D. 23 abril 1959¹⁶⁴ la Mutualidad Nacional de Previsión Agraria con el propósito de encargara de las funciones específicas de los Montepíos Laborales de carácter obligatorio ,y además directa o mediante adecuados conciertos gestionara los restantes Seguros Sociales, al objeto de suprimir trámites superfluos, simplificando y abaratando la administración de tales Seguros¹⁶⁵. La O. 1 agosto aprobó los Estatutos de la Mutualidad¹⁶⁶. La andadura de la Mutualidad quedó en suspenso por D. 29 octubre 1959 siguiente¹⁶⁷ con el objeto de oír a la Organización Sindical y al Consejo de Economía Nacional respecto al alcance de las prestaciones y al sistema de financiación. Habrá que esperar al D. 2 marzo 1961¹⁶⁸ que ratificará la creación de la Mutualidad Nacional de Previsión Social Agraria y

¹⁵⁹ Boletín Oficial 2 marzo.

¹⁶⁰ Boletín Oficial 11 junio.

V. También la O. 13 febrero 1943, modificada por otra de 10 agosto 1953, sobre concepto de labores agrarias y estableciendo la cartilla profesional agrícola; la O. 31 mayo 1957 que regula la colaboración de las Hermandades Sindicales con el INP.

¹⁶¹ V. Exposición de Motivos.

El aspecto más interesante de la Ley y su Reglamento será la exigencia (art. 10 y 51 de la Ley y su Reglamento respectivamente) de que para acceder a la pensión de viudedad del Régimen de Subsidios familiares el difunto debería -salvo casos excepcionales- haber cotizado un tiempo no inferior a seis meses. Así como también la obligación (art. 70 Reglamento) de los derechohabientes o personas extrañas que convivan con el subsidiado de dar cuenta del fallecimiento de este.

¹⁶² Boletines Oficiales 12 agosto 1953 y R. 1484.

¹⁶³ Boletín Oficial 27 septiembre. V. también la O. 18 septiembre 1958 (Boletín Oficial 7 enero 1959), sobre normas de funcionamiento de dicho servicio.

¹⁶⁴ Boletín Oficial 27 abril.

¹⁶⁵ V. Exposición de motivos del citado Decreto.

¹⁶⁶ Boletín 1 agosto.

¹⁶⁷ Boletín Oficial 9 noviembre.

¹⁶⁸ Boletín Oficial 14 marzo.

dispondrá el inicio de sus actividades en la fecha que disponga sus estatutos y sin que exceda de seis meses desde la publicación de dicho Decreto¹⁶⁹.

Por lo que a nosotros nos interesa, la Mutualidad otorgaba las siguientes prestaciones: socorro de fallecimiento, pensiones de viudedad y orfandad¹⁷⁰.

El socorro por fallecimiento¹⁷¹ consistía en la entrega de una cantidad que oscilaba entre las 1.000 pesetas mínimo y 2.500 pesetas máximo, dependiendo de la cotización previa efectuada por trabajador y empresario y de si eran fijos o eventuales¹⁷². El socorro era entregado a los familiares del causante con el orden siguiente: cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos. Caso de no convivir con el fallecido ninguno de esos familiares y alguna persona demostrase haber satisfecho los gastos de sepelio se abonará a él su importe sin que exceda de la cantidad que a los familiares correspondiera¹⁷³.

Las prestaciones de supervivencia eran la pensión de viudedad y orfandad¹⁷⁴.

A la pensión de viudedad tenían derecho:

- 1) Las viudas de los mutualistas o pensionistas que reúnan los siguientes requisitos¹⁷⁵: a) Haber contraído matrimonio antes de los 55 años de edad y dos antes del fallecimiento (condiciones no exigibles cuando quedaren del matrimonio con el causante hijos legítimos o legitimados); b) que el causante estuviera al corriente en el pago de sus cuotas y tenga cubierto el mínimo carencial, lo que dependía de si era fijo (sesenta mensualidades de cotización individual y patronal) o eventual (sesenta mensualidades de cotización individual y 450 días de cotización patronal; y c) haber convivido con el causante hasta su muerte, y en caso de separación legal haber sido declarado inocente.
- 2) Los hombres también podían acceder a la pensión, pero se les exigía, además de lo anteriores requisitos, un plus adicional: estar incapacitados de forma permanente y absoluta para el trabajo; no tener derecho a pensión del Estado, Provincia y Municipio, ni de ningún otro régimen de Previsión Social; y que a juicio de los órganos de gobierno carecieren de medios de subsistencia.

La pensión tenía una cuantía que ascendía al 50% de la que disfrutase el causante si era pensionista de jubilación o invalidez o de la que le hubiera correspondido en el momento del fallecimiento por aplicación de la escala correspondiente¹⁷⁶.

¹⁶⁹ Art. 1.

Adviértase que la denominación que utilizaba el D. 23 abril 1959 era de Mutualidad Nacional de Previsión Agraria.

Los Estatutos se aprobaron por O. 21 junio 1961 (Boletín Oficial 4 julio).

¹⁷⁰ V. arts. 3 del Decreto y 24 de los Estatutos. Además, la Mutualidad concedía prestaciones de jubilación, invalidez, Seguro de Enfermedad, nupcialidad, natalidad, ayuda familiar y prestaciones gratificables.

¹⁷¹ V. arts. 54 a 57 de los Estatutos.

¹⁷² La carencia mínima para un trabajador fijo era de doce mensualidades de cotización individual y patronal y para los eventuales de 12 mensualidades de cotización individual y noventa días de patronal.

¹⁷³ V. art. 77 que negaba el derecho a la indemnización que por gastos funerarios concedía el SOE.

¹⁷⁴ Para las prestaciones de orfandad véase el art. 45 de los Estatutos.

¹⁷⁵ V. arts. 54 a 57 de los Estatutos.

¹⁷⁶ V. art.46 y 35 de los Estatutos.

Se extinguía por¹⁷⁷: fallecimiento del beneficiario; por contraer matrimonio o tomar estado religioso (si el cambio se producía antes de los 55 años recibían una dote que estaba en función de la edad); por serle reconocida la pensión de jubilación; por recobrar –caso del hombre– su aptitud física antes de cumplir 60 años; y por observar conducta deshonesto o inmoral y abandono de hijos.

Los Estatutos también contenían una serie de prescripciones interesantes como: reglas de incompatibilidad de las pensiones de jubilación, invalidez y viudedad entre sí, debiendo en su caso optar el beneficiario por aquella que entendiera más beneficiosa¹⁷⁸; sobre personas a las que abonar las prestaciones¹⁷⁹; sobre abono de prestaciones devengadas y no percibidas¹⁸⁰; devengo de las pensiones¹⁸¹; situaciones especiales que permiten, a semejanza de las actuales situaciones asimiladas al alta, acceder a las prestaciones (v. gr.: servicio militar, traslado temporal al extranjero para trabajar, ...) ¹⁸²; sobre faltas y sanciones de los mutualistas o derechohabientes¹⁸³.

b) EL SERVICIO DOMÉSTICO

La Ley 19 julio 1944¹⁸⁴ dispuso para este tipo de trabajadores la extensión de los beneficios de los seguros y subsidios sociales¹⁸⁵. La Ley no tuvo vigencia práctica alguna al no ser desarrollada. Habrá que esperar al Decreto 385/1959, 17 marzo¹⁸⁶ que creará el Montepío Nacional del Servicio Doméstico con el propósito de no sólo “...allegar elementos materiales de protección a los servidores domésticos, sino también contribuir a su perfeccionamiento, moral y a su progreso en todos los ordenes, y concretamente en el profesional” con el concurso de la “Sección Femenina del Movimiento”. La O. 6 abril 1959¹⁸⁷ aprobará los estatutos de tal Montepío.

La acción protectora comprendía¹⁸⁸: pensión de vejez, invalidez, asistencia sanitaria, dote por matrimonio o profesión religiosa, ayuda familiar, auxilio por defunción y prestaciones especiales (premios de constancia y mejora de la pensión de vejez).

La prestación que a nosotros nos interesa, la derivada de la muerte del servidor doméstico¹⁸⁹, consistía en la entrega de un auxilio para gastos “*de entierro y sufragio*”,

¹⁷⁷ V. art. 45 de los Estatutos.

¹⁷⁸ V. Art. 27 de los Estatutos.

¹⁷⁹ V. art. 28 y 51 de los Estatutos.

¹⁸⁰ V. art. 29 de los Estatutos. Curiosamente admite la posibilidad de abono a cualquier pariente, bastando la convivencia con el beneficiario con al menos un año de antelación.

¹⁸¹ V. arts. 47 y 57 de los Estatutos.

¹⁸² V. art. 83 en relación con los arts. 13, 14 y 15 de los Estatutos.

¹⁸³ V. art. 117. 3ª de los Estatutos. Se trata del incumplimiento de obligaciones tales como: cotización en cuantía, plazo y forma; incurrir en falsedad o inexactitud al formular declaraciones ante la Mutualidad que puedan tener trascendencia en la determinación del derecho a prestaciones o de su cuantía; no comunicación en plazo de hechos que modifiquen, extingan o suspenda el abono de las prestaciones que vinieren percibiendo.

¹⁸⁴ Boletín Oficial 21 julio.

¹⁸⁵ V. Ley 14 diciembre 1942 que los incluyó en el campo de aplicación del SOE, aunque tal inclusión no tuvo vigencia práctica alguna.

¹⁸⁶ Boletín Oficial 24 marzo.

¹⁸⁷ Boletín Oficial del 14.

¹⁸⁸ V. art. 28 de la Orden.

¹⁸⁹ Arts. 53 y 54 de la Orden.

en cuantía que con arreglo al lugar en que el hecho se produzca, permita realizar aquellos con decoro, hasta un máximo de 3.000 pesetas. Era necesario que el servidor doméstico se encontrara al corriente en el pago de sus cuotas y haber cotizado un período mínimo de 6 meses (no exigible cuando se trate de pensionista de jubilación o invalidez).

La cantidad debía ser entregada inmediatamente después del fallecimiento a los familiares más próximos o al amo o dueño de la casa en que el afiliado hubiera prestado servicios y hubiere abonado tales gastos. Caso de no existir tales personas o no pudieren atender el sepelio, el órgano provincial del Montepío venía obligado a designar a algún miembro del mismo para que se encargare de la organización del entierro y sufragios por el alma del fallecido¹⁹⁰.

5. EL MUTUALISMO LABORAL

a) EL MUTUALISMO LABORAL DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA

La insuficiencia de los Seguros Sociales llevó consigo a que algunas Reglamentaciones Laborales pusieran en marcha un mecanismo complementario de prestaciones en cada rama profesional, que funcionaba u operaba paralelamente a los Seguros Sociales. Esa previsión complementaria sería gestionada a través de la creación de Mutualidades o Montepíos que se crearon al amparo de la Ley 6 diciembre 1941¹⁹¹ y el Decreto 26 mayo 1943 que aprobó el reglamento para su aplicación¹⁹². Pronto este sistema se generaliza y se consolida en 1954 con la aprobación del Reglamento General del Mutualismo Laboral el 10 septiembre 1954¹⁹³.

Las Mutualidades se organizaban por actividades profesionales, bien específicas o afines, dependientes del Ministerio pero no eran organismos paraestatales cuyo patrimonio se identificara en última razón con el del Estado sino que gozan de patrimonio propio e independiente para cada Mutualidad, ostentando en definitiva personalidad jurídica propia y administrativa¹⁹⁴.

La afiliación era obligatoria y se extendía a todo trabajador por cuenta ajena en actividades reguladas por Reglamentaciones Laborales; comprendiendo también a los altos cargos y socios-cooperadores incorporados al Mutualismo Laboral y a todo trabajador excluido de la Ley de Contrato de Trabajo que hubiera sido o fuese incorporado por disposición expresa¹⁹⁵.

El ámbito de la acción protectora lo constituían dos tipos o categorías de prestaciones: reglamentarias y potestativas¹⁹⁶.

¹⁹⁰ V. art. 86 sobre la composición del dicho órgano provincial.

¹⁹¹ Boletín Oficial 16 diciembre.

¹⁹² Boletín Oficial 10 junio.

¹⁹³ Boletín Oficial 17 septiembre. V. el D. 10 agosto 1954 (Boletín Oficial 13 septiembre), sobre normas reguladoras del Mutualismo Laboral.

¹⁹⁴ V. el art.107 del Decreto núm.288/1960, 18 febrero (Boletín Oficial 1 marzo), sobre misiones y cometidos del Servicio de Mutualidades Laborales.

¹⁹⁵ V. arts. 8 a 11 del Reglamento.

¹⁹⁶ V. art. 29 del Reglamento.

Las primeras obligatorias y exigibles por los mutualistas y sus familiares, es decir una vez que se reúnan las condiciones exigidas en cada uno de ellos, podían consistir en: a) Pensiones de Jubilación, Invalidez, Larga Enfermedad, Viudedad, Orfandad y Favor Familiares; b) Subsidios de Viudedad, Orfandad, Favor Familiares, Defunción, Nupcialidad y Natalidad¹⁹⁷.

Ahora bien el establecimiento y cuantía de las mismas dependía de cada Mutualidad, la única obligatoria era la asistencia sanitaria¹⁹⁸. Lo que supondrá una gran diversidad entre Mutualidades según opten por una mayor o menor variedad en las prestaciones y en la cuantía resultante. En realidad, el reglamento no establece una identidad sustantiva de las prestaciones a cubrir ni tampoco en su cuantía económica. Se limita a indicar cuales son, así como a establecer reglas unificadoras en cuanto a compatibilidades, condiciones de acceso, etcétera.

Dentro de las prestaciones reglamentarias nos detendremos en las que tienen su causa en la muerte¹⁹⁹: subsidio de defunción y la pensión o subsidio de viudedad dirigidos al cónyuge superviviente.

a.1. LA PRESTACIÓN POR MUERTE

En cuanto a la prestación por muerte será sujeto causante la persona que tenga al momento de su muerte la condición de mutualista o pensionista de jubilación, invalidez o larga enfermedad en una institución de previsión social, sin que se exija otro requisito²⁰⁰. Será beneficiario la viuda²⁰¹, hijos o parientes del fallecido hasta el segundo grado de consanguinidad (abuelos, padres, hermanos, hijos y nietos), que conviviesen con él habitualmente. Cuando los llamados a ser beneficiarios, de los anteriormente señalados, no convivieren con el fallecido, la prestación se abonará a la persona que acredite haber satisfecho dichos gastos de entierro. Si no lo hubiere la Mutualidad se encargará del entierro y sufragio, en todo caso con el límite del importe de la prestación que cada Mutualidad hubiera fijado en sus estatutos²⁰².

a.2. LAS PRESTACIONES POR SUPERVIVENCIA

¹⁹⁷ V. art. 30 del Reglamento. Además, con independencia de las enumeradas, los pensionistas y en su caso los familiares, gozaban también de asistencia sanitaria en los términos previsto en el Reglamento del Mutualismo Laboral y de los Estatutos de su respectiva Institución.

¹⁹⁸ V. art. 114 del Reglamento

¹⁹⁹ Arts. 82 a 105. Debe también tenerse en cuenta que los beneficiarios de estas prestaciones también lo eran de la asistencia sanitaria y del subsidio de natalidad.

²⁰⁰ V. art. 101 del Reglamento.

²⁰¹ Sólo se habla de viuda, sin que haya previsión alguna cuando el cónyuge de la persona fallecida sea varón.

²⁰² Por ejemplo: la Mutualidad Laboral de Alimentación establecía una cantidad comprendida entre 1.000 y 2.000 ptas., según cargas familiares (O.25-9-54); la Mutualidad Laboral Vinícola la fijaba en 1.500 ptas. (O.25-9-54); la Mutualidad Laboral de Transportes en 1.000 ptas.; la Mutualidad Laboral de la Banca en una cantidad entre 3.000 y 9.000 ptas., etc.

Limitándonos a las prestaciones a la viudedad, al mutualista, hombre o mujer, para ser sujeto causante de la prestación debía de reunir los siguientes requisitos²⁰³:

- Haber contraído matrimonio antes de los sesenta años y con dos años de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento. No será necesario cumplir estas condiciones cuando dejare hijos (legítimos o legitimados) habidos con su viuda²⁰⁴.
- Tener cubierto el período de carencia previsto en el art. 35 del Reglamento. Este período no era único, sino que estaba en función del tiempo transcurrido entre la fecha inicial de cotización en el sector laboral al que pertenezca el mutualista y la del hecho causante²⁰⁵.
- Que la muerte no derive de accidente de trabajo y enfermedad profesional²⁰⁶.

Los sujetos beneficiarios tenían que reunir los siguientes requisitos:

- a) Si era mujer: haber hecho vida conyugal con el causante hasta su muerte, salvo en caso de separación legal que hubiese sido declarada inocente o el marido hubiere sido obligado a prestar alimentos. Además no debía de haber abandonado a sus hijos y haber observado una conducta honesta y normal²⁰⁷.
- b) Si era hombre²⁰⁸: además de las condiciones antes reseñada para la mujer, debía de hallarse incapacitado de manera permanente y absoluta para toda clase de trabajo²⁰⁹; no tener derecho a pensión derivada de la legislación de Accidente de Trabajo o Enfermedades Profesionales, ni de una Institución de Previsión Laboral; y carecer de medios de subsistencia y no quedar familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos según la legislación civil.

²⁰³ V. art. 82 del Reglamento. También eran sujetos causantes los pensionistas de jubilación, invalidez y larga enfermedad.

²⁰⁴ Entiéndase viudo cuando el causante fuere mujer.

²⁰⁵ V. art. 35 del Reglamento. A tenor del mismo el período de carencia oscilaba entre ciento ochenta días cuando el tiempo transcurrido (desde la fecha de inicio de cotización y el hecho causante) no excediera de un año, y un máximo de setecientos días cuando se sobrepasase los mil cuatrocientos días. Los días cotizados a computar debían de reunir las siguientes condiciones: ser anteriores al hecho causante y estar comprendidos dentro de los siete años anteriores a la fecha de la solicitud de la prestación que se trate. No exigiéndose carencia cuando la prestación viniera causada por pensionista de jubilación, invalidez o larga enfermedad.

²⁰⁶ No obstante, debe tenerse en cuenta que la O. 31 julio 1959 (Boletín Oficial 28 agosto), vino a modificar el último párrafo del art. 82 en el siguiente sentido: *“El mutualista o pensionista que fallezca con ocasión o a consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional reconocida por la Caja Nacional de Accidentes causará en favor del cónyuge la pensión de viudedad en cuantía equivalente al 7,5 por 100 del salario regulador del causante”*.

²⁰⁷ V. art. 83 del Reglamento.

²⁰⁸ V. art. 84 del Reglamento.

²⁰⁹ V. art. 65 y 66 del Reglamento. Se entendía por invalidez cuando como secuela de accidente o enfermedad, se ha producido una lesión orgánica o funcional totalmente irreversible que ocasiona al que la sufre una incapacidad permanente absoluta para toda clase de trabajo. Del concepto de invalidez se excluía la incapacidad derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional o la debida a la práctica de un deporte remunerado y a la tuberculosis.

Respecto a la prestación²¹⁰ ésta consistía en una pensión o subsidio y en cuantía que cada institución determinase²¹¹. La prestación se entendía causada al momento del fallecimiento²¹².

En cuanto a su extinción ésta se producía dependiendo si se era hombre o mujer²¹³. A saber:

- Por fallecimiento del beneficiario.
- Por contraer nuevas nupcias o tomar estado religioso. En este caso si el cambio de estado afectaba a la mujer antes de cumplir los sesenta años se le entregaba una dote consistente en veinticuatro mensualidades de la pensión.
- Por perdida o privación de la patria potestad en virtud de resolución judicial por alguna de las causas que determinan los artículos 151 y 171 del Código Civil o por suspensión de la misma en caso de ausencia que implique un abandono de los hijos.
- Por observar una conducta deshonesto o inmoral.
- Ser declarada culpable en procedimiento que se siguiese al fallecimiento del causante.

Además, el hombre beneficiario podía perder también su pensión si recobraba facultades suficientes para trabajar antes de cumplir los sesenta años de edad. Si la recobra después podrá seguir percibiendo la pensión, pero sometándose a las reglas de incompatibilidades previstas en el art. 60 y 61 del Reglamento.

a.3. OTROS ASPECTOS DE LAS PRESTACIONES

El Mutualismo Laboral contenía previsiones expresas acerca de qué hacer con aquellas mensualidades de las pensiones y subsidios devengados y no percibidos por su titular a causa del fallecimiento de éste, disponiendo que se entregarán a los familiares²¹⁴. El orden de prelación era el siguiente: 1º.) A familiares a quienes se concede alguna prestación derivada del fallecimiento de beneficiario distinta al subsidio; y 2º.) a falta de los anteriores, al cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos, por este orden, que conviviesen con el fallecido con un año de antelación a la fecha del óbito, previa la justificación que los órganos de gobierno de la institución consideren necesario.

²¹⁰ V. art. 85 del Reglamento.

²¹¹ A título de ejemplo: La Mutualidad Vinícola concedía una pensión de viudedad del 25% del salario regulador del causante, o un subsidio de 24 mensualidades del salario regulador elegido para el caso de que estuviéramos ante viudas menores de 40 años sin hijos (O. 25 septiembre 1954, Boletín Oficial 29 septiembre); por la Mutualidad de la Banca sólo concedía pensiones a la viuda, pero de cuantía del 50% del salario regulador (o. 25 septiembre 1954, boletín oficial 29 septiembre).

²¹² V. art. 86 del Reglamento. V. también los arts. 41 sobre plazos de prescripción, 44 devengo, 45 caducidad y 46 sobre percepción de prestaciones, todos ellos del Reglamento.

²¹³ V. art. 87 del Reglamento.

²¹⁴ V. art. 48 del Reglamento.

b) EL MUTUALISMO LABORAL DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA

La actividad del Estado en materia de previsión social fue originariamente dirigida al sector de trabajadores por cuenta ajena tanto en la implantación de los Seguros Sociales como con el Mutualismo Laboral. Hacia el año 1960 existía una amplia red de Mutualidades Laborales y de Cajas de Empresas (35 y 31 respectivamente) con el propósito de proteger a los trabajadores por cuenta ajena de la industria y de los servicios, sin contar con los Montepíos específicos de ámbito nacional y obligatorio en el Mar y la Agricultura, lo que suponía una casi total cobertura de los trabajadores con contrato de trabajo.

El Decreto de 23 junio 1960²¹⁵ vino a extender los beneficios del Mutualismo Laboral a los trabajadores independientes, autónomos y artesanos, cualquiera que sea su actividad profesional o rama de la producción en que se encuadren, siempre que reúnan los siguientes requisitos: no simultanear trabajo independiente con otro por cuenta ajena por el que se encuentren ya amparados por la Seguridad Social y que sus ingresos no superen unos determinados niveles máximos²¹⁶.

Al amparo del indicado Decreto se constituyeron dos Mutualidades la de alimentación y la de trabajadores de transportes y comunicaciones²¹⁷. Estas Mutualidades proporcionarían la experiencia necesaria para perfeccionar y desarrollar el sistema y constituir por O. 30 mayo 1962 tres Mutualidades Laborales la de Trabajadores Autónomos de la Industria, de Servicios y de Actividades Directas para el Consumo, aprobándose sus Estatutos²¹⁸. Las tres Mutualidades tenían un régimen unitario diversificado a efectos de organización y funcionamiento, pero con una normativa común.

Su acción protectora era similar al previsto para las Mutualidades de trabajadores por cuenta ajena, aunque más limitada en cuanto al número de riesgos a cubrir y a la cuantía de las prestaciones económicas. Las peculiaridades más sobresalientes eran:

- El período de carencia para acceso a las prestaciones de supervivencia era la mitad del tiempo transcurrido desde la fecha de inicio de la cotización hasta la del hecho causante, con un mínimo de un año y un máximo de cinco años²¹⁹.
- La pensión de viudedad era incompatible²²⁰ con el mantenimiento de la titularidad del negocio o vehículo que impone la condición de mutualista. A la viuda menor de 55 años se le permitía optar por pasar a la condición de mutualista o seguir en la titularidad del negocio o vehículo y en consecuencia ser ella la mutualista. Caso de que falleciese sin reunir los requisitos para poder causar pensión de viudedad u orfandad se revisarán –caso de existir– las pensiones de orfandad anteriores reconocidas por la muerte del padre y los pensionistas serán considerados huérfanos absolutos.

²¹⁵ Boletín Oficial 27 junio.

²¹⁶ V. art.1 del Decreto.

²¹⁷ V. OO: 13 diciembre 1961 y 31 marzo 1962.

²¹⁸ La Mutualidad de Transportes y Comunicaciones se integró en la de Servicios y la de Alimentación en la de Actividades Directas para el Consumo.

²¹⁹ Art. 14 de O. 30 mayo 1962.

²²⁰ Art. 33 de O. 30 mayo 1962.

- La cuantía de la pensión dependía de la base reguladora de las prestaciones²²¹, de la edad y los años cotizados²²².
- El subsidio de defunción tenía una cuantía fija de 5.000 ptas.

D. CUADRO RESUMEN DE LA PROTECCIÓN POR VIUEDAD POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA ANTES DE 1966

PRESTACIÓN POR MUERTE	
Seguro de Enfermedad	Indemnización de veinte veces el salario diario.
Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales	Indemnización de dos mensualidades con un mínimo de 1.000 pesetas
Mutualismo Laboral	Subsidio variable o una cantidad fija

PRESTACIONES DE SUPERVIVENCIA AL CÓNYUGE VIUDO	
SOVI	Pensión del 50% de la pensión del asegurado
Subsidios familiares	Subsidio de viudedad en atención a las cargas familiares
Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales	Pensión en función de las cargas familiares.
Mutualidades Laborales	Pensiones y Subsidios dependiendo de la Mutualidad y de la contingencia que provocó la muerte

II. LA PROTECCIÓN A LA VIUEDAD EN EL ACTUAL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

A. INTRODUCCIÓN

Para una mejor comprensión de la situación actual, parece oportuno analizar cómo se configuró inicialmente la protección e ir analizando las distintas y sucesivas reformas en la protección, su repercusión y la situación de la misma en 2019.

El estudio se hará teniendo en cuenta las siguientes etapas: a) Su inicial diseño por la Ley de Seguridad Social de 1966 (1966-1971); b) Un perfeccionamiento y mejora en su

²²¹ V. art. 13 de O. 30 mayo 1962, era el promedio de las efectuadas a la Mutualidad.

²²² V. art. 35 de O. 30 mayo 1962, v. gr.: hasta 40 años de edad oscilaba entre un 20% cuando se había cotizado entre 1 y 2 años hasta el 40% cuando la cotización superaba los 9 años.

protección (1972-1980); c) El período de ampliación del ámbito subjetivo, mediante la concurrencia de beneficiarios y eliminación de discriminación por razón de sexo (1981-1994); d) La incidencia del Pacto de Toledo y su desarrollo posterior (1995-2010); y e) Su actualización, adecuación y modernización (2011-2019).

B. EL DISEÑO INICIAL DE LA PROTECCIÓN A LA VIUEDAD POR LA LEY DE SEGURIDAD SOCIAL DE 1966 (1966-1971)

Esta etapa comprendería el período que va desde la entrada en vigor de la Ley de Seguridad Social, 1 de enero de 1967, a la reforma introducida por la Ley 24/1972, 23 junio, de Perfeccionamiento y Mejora de la Acción Protectora del Régimen General de la Seguridad Social y sus disposiciones complementarias de desarrollo²²³.

La Ley de Seguridad Social de 1966 regulaba las prestaciones de viudedad en los artículos 160 y 161²²⁴. Se partía de una clara distinción de los requisitos de acceso según quien fuera el llamado a ser beneficiario, hombre o mujer. Además, si estábamos ante una mujer cabía la posibilidad de que si no reunía los requisitos para obtener la pensión accediera a otra denominada subsidio temporal. Las situaciones que se podían dar eran las siguientes:

- a) Viuda (entendiendo por tal la mujer que había perdido a su esposo y no había vuelto a casarse, ya que si lo hacía su situación jurídica era de mujer casada)²²⁵, que hubiere convivido habitualmente (entendiendo tanto la convivencia física como la comprensiva solamente de auxilio mutuo y por ello de dependencia económica²²⁶) con el cónyuge causante o, en caso de separación judicial, que la sentencia firme le reconociese como inocente u obligase al marido a prestarle alimentos y fuere mayor de cuarenta años²²⁷.

Para este supuesto a la viuda se le reconocía un subsidio temporal. Su cuantía era el equivalente teórico al importe de la pensión de viudedad. Se percibía durante 24 mensualidades y era compatible con las rentas de trabajo y con la pensión de invalidez a que ella pudiera tener derecho²²⁸.

- b) Viuda que habiendo convivido con el cónyuge causante o en caso de separación judicial, que la sentencia firme la reconozca como inocente, tuviere 40 años cumplidos.

Situación que se protegía con una pensión de viudedad. La exigencia de una edad determinada parece que era por pensar que a tal edad la viuda estaba incurso en una potencial situación de incapacidad para obtener una colocación y

²²³ Decreto 1646/1972, 23 junio y Orden de 31 julio de 1972.

²²⁴ Pensión de viudedad y subsidio temporal; el art. 164 regulaba la indemnización especial a tanto alzado; el art. 165 la cuantía de las prestaciones y el art. 166 las reglas relativas a la compatibilidad y límite de las prestaciones. El desarrollo reglamentario de la pensión de viudedad puede verse en el art. 7 de la OMS.

²²⁵ s. TS. 23-12-1958 a. 3996.

²²⁶ Realmente en el primer caso la dependencia económica se presume y en el segundo caso lo que hay que hacer es demostrarla, v. ss. TS. 9-12-1963, 22-2-1965 entre otras, citadas en la obra de ALMANSA PASTOR, J.M. (1969), ob. cit. pág. 264.

²²⁷ Art. 12 OMS.

²²⁸ Art. 13 y 14 OMS.

consiguientemente su auto sustento, en el fondo parece que subyacía la idea de la dificultad de la viuda para contraer un nuevo matrimonio.

- c) Viuda que habiendo convivido con el cónyuge causante o en caso de separación judicial, que la sentencia firme la reconozca como inocente, estuviere incapacitada para el trabajo. Ni la LSS ni la OMS concretaban grado de incapacidad alguno²²⁹, aunque algún sector doctrinal entendía como referente el de incapacidad permanente absoluta²³⁰. Esta situación era también reparada o cubierta vía pensión vitalicia de viudedad.
- d) Viuda que habiendo convivido habitualmente con el sujeto causante o, en caso de separación judicial, que la sentencia firme le reconozca inocente, tenga a su cargo hijos habidos con el causante con derecho a pensión de orfandad²³¹. Situación que también daba derecho a pensión.
- e) Viudo que, conjuntamente, reuniera los siguientes requisitos: a) convivencia habitual con la causante o, en caso de separación judicial que la sentencia firme le hubiera reconocido como inocente; y b) que al tiempo del fallecimiento se encontrare incapacitado para el trabajo y sostenido “económicamente”²³² por ella. Esta situación también era pensionable.

Un recordatorio debe hacerse, convivencia y dependencia van por separado y esta última no se presume cuando hay convivencia. Realmente lo que se suponía era que la mujer venía a ser una carga para el hombre. Luego si falta –la mujer– realmente se ve liberado de ella. De aquí que deba acreditarse entonces una real dependencia económica, en palabras de la norma, estar “sostenido económicamente por ella” y no tener capacidad de ganancia al exigirse estar incapacitado para el trabajo²³³. La exigencia absoluta de estos requisitos llevada al extremo originaba a veces situaciones de desamparo, v. gr: viudo incapacitado, sostenido económicamente por la esposa, pero que no conviviera con ella, etc.

C. PERFECCIONAMIENTO Y MEJORA EN SU PROTECCIÓN (1972-1980)

En este período se llevarán a cabo importantes modificaciones en el régimen jurídico de la protección por muerte y supervivencia por la Ley 24/1972, 21 de junio²³⁴, que en el ámbito de la pensión de viudedad la reforma se concretará²³⁵ en que el acceso de la

²²⁹ Ver art. 160.1c LSS y art. 7.1.c.b) OMS

²³⁰ Almansa Pastor, J. M. (1969): “La protección...”, ob. cit., pág. 267

²³¹ Cuestión discutible era si alcanzaba a los hijos adoptivos y a los aportados por la propia viuda, v. art. 16.2 y 3 de la OMS

²³² Este calificativo entrecomillado fue añadido por el art. 7.2 OMS

²³³ Almansa Pastor, J. M. (1969): “La protección...”, ob. cit., pág. 269

²³⁴ También debe recordarse la relevancia del D. 2065/1974, 30 mayo que aprobó el texto refundido de la LGSS, que vendrá a eliminar cualquier referencia a la procedencia de la filiación del hijo en orden a su acceso a la pensión de orfandad. El art. 16.1 de la OMS dirigía la pensión a los “hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos. Se ha querido ver un antecedente de esta equiparación en el art. 7.1 Ley 24/72, aunque este precepto se refiere a la Protección Familiar. El ámbito civil se tendrá que esperar a la Ley 11/1981, de 13 mayo para la plena equiparación.

²³⁵ En el conjunto de la acción protectora de la Seguridad Social las reformas –mejoras– tuvieron un gran impacto. Por lo que respecta a las prestaciones por muerte y supervivencia (auxilio por defunción, pensión y subsidio temporal de viudedad, pensión de orfandad, pensión y subsidio a favor familiares e

mujer a la pensión de viudedad quedará condicionado solamente a que hubiere convivido habitualmente con el fallecido o, en caso de separación judicial, que la sentencia firme le hubiera reconocido como inocente. La situación del viudo no variará²³⁶. Otra modificación relevante y que afectaba a la protección a dispensar a la viudedad sería la presunción de fallecimiento en el ámbito de la Seguridad Social para el caso de que el causante desapareciera, con ocasión o consecuencia de un accidente sin que se tuviera noticias del mismo transcurridos noventa días naturales siguientes al mismo, podrán causar prestaciones de supervivencia²³⁷, sin necesidad de obtener la declaración civil de fallecimiento.

D. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA PROTECCIÓN. CONCURRENCIA DE BENEFICIARIOS, SUPRESIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO Y EQUIPARACIÓN DE LA ACCIÓN PROTECTORA EN LOS RÉGIMENES ESPECIALES (1981-1994)²³⁸

La Ley 30/1981 modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil y determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. La posibilidad de disolver un matrimonio vía divorcio y la previsión respecto a situaciones anteriores de convivencia de hecho, abrirá por un lado la posibilidad de concurrencia de varios beneficiarios a una misma pensión de viudedad y a tomar en consideración situaciones de convivencia de hecho idóneas para lucrar o acceder a la pensión de viudedad²³⁹. Su disposición adicional décima estableció lo siguiente:

“Con carácter provisional en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y Seguridad Social, regirán las siguientes normas:

1ª A las prestaciones de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo que se establece en materia de pensiones en esta disposición adicional, tendrán derecho el cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación, con independencia de que sobrevenga separación judicial o divorcio.

indemnizaciones especiales) las mejoras, recuérdese fueron las siguientes: a) la supresión del requisito de cotización previa cuando la muerte derivara de accidente no profesional –art. 14–; b) reconocimiento de prestaciones a favor de familiares para hijos o hermanas de pensionistas de jubilación o invalidez que hubieran convivido con el causante, a su cargo, mayores de 45 años, solteras o viudas y acreditaran una dedicación prolongada al cuidado del causante y carecieran de medios propios de vida –art. 4.2–; c) reconocimiento de indemnización especial a tanto alzado a favor de padres del trabajador fallecido por accidentes de trabajo si no hubiera familiares con derecho a pensión –art. 6–; d) obligación de revisar periódicamente las pensiones –art. 5–; e) se introduce una singular presunción de fallecimiento para el trabajador desaparecido con motivo de una accidente –art.6.2–; f) declaración de imprescriptibilidad de prestaciones por muerte y supervivencia salvo el auxilio por defunción –art. 6.2–;g) mejoras en la forma de cálculo y determinación de la cuantía de las pensiones –art.3–.

²³⁶ Ver art. 160 LGSS de 1974.

²³⁷ Art. 6 Ley 24/1972, de 21 de junio.

²³⁸ Otra novedad en este período es la que introdujo el RD 1670/1990, 28 diciembre, de revalorización de pensiones para 1991 al fijar un “escalón” más de las pensiones mínimas de viudedad para las personas con edades comprendidas entre 60 y 64 años.

²³⁹ V. Un estudio general de sus efectos en el ámbito de la pensión de viudedad puede verse en: Martínez Calcerrada, L.; Gómez De Aranda, L. y Zorrilla Ruiz, M. (1986): “Nueva pensión de viudedad –Doctrina General- Comentarlos a la Ley 7-7-1981, Jurisprudencia”, ed. Colex, Madrid.

Un ensayo a propósito de la Ley puede verse en García Abellán, J. (1982): “Las situaciones familiares anómalas y el derecho de la Seguridad Social”, *Revista de Política Social*, núm. 136, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 7 y ss.

2º) *Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que establece en el apartado siguiente.*

3º) *El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón del fallecimiento corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.*

4º) *Los que se encuentran en situación legal de separación tendrán los mismos derechos pasivos respecto de sus ascendientes o descendientes que los que le corresponderían de estar disuelto el matrimonio.*

5º) *Los derechos derivados de los apartados anteriores quedarán sin efecto en cuanto el cónyuge en los supuestos del artículo 101 del CC”.*

Un efecto colateral de la Ley 30/1981 será el considerar que la disposición adicional 10ª de la Ley 30/1981 –antes reproducida– venía a derogar el apartado a) del número 1 del artículo 160 de la LGSS. Así lo entendió el Tribunal Central de Trabajo a partir de 1986.

Interpretación que se basaba en que la mentada disposición adicional 10ª, no solo se refería al caso de la separación judicial, sino a otros supuestos de separación, es decir a la de hecho u otras aceptadas de forma voluntaria por los interesados que respectivamente se contemplan en los artículos 81 y 82 del Código Civil²⁴⁰. De aquí que el requisito de la convivencia no fuere exigible como condición al “viudo” que hubiere sido cónyuge legítimo al fallecimiento del causante sino únicamente tuviera valor cuantitativo para distribuir la pensión entre los posibles beneficiarios²⁴¹. La discrepancia con la postura sostenida por la entidad gestora era evidente. Las recomendaciones del Defensor del Pueblo llevaron a que la Secretaria General de la Seguridad Social, dictara una Resolución en 23 de junio de 1989²⁴² acordando que:

*“La pensión de viudedad de los distintos regímenes que componen el Sistema de la Seguridad Social, se reconocerá en lo sucesivo sin exigir, en ningún caso, el cumplimiento del requisito de convivencia a que se refiere el apartado a) del número 1 del art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social”*²⁴³.

²⁴⁰ Ver por todas s. TCT 18-1-1986 ar. 250

²⁴¹ Una explicación detallada en tal sentido puede verse en: Martínez Calcerrada. L. (1986): “La separación conyugal en la nueva pensión de viudedad (alcance de su mención en la regla 3ª de la Disposición Adicional 10ª, Ley 7 julio de 1981)”, *Actualidad Laboral*, nº. 19 pág. 953 y ss.; Goerlich Peset, J.M. (1988): “La protección por viudedad en los supuestos de separación y divorcio. Análisis jurisprudencial de la disposición adicional 10ª de la «Ley del Divorcio»”, *Relaciones Laborales*, volumen II, pág. 498 y ss.

²⁴² BOE 1julio.

²⁴³ E incluso su aplicación con efectos retroactivos para aquellos casos de fallecimiento anteriores a la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, cuando el peticionario no acreditase el requisito de la convivencia con el cónyuge fallecido (Escrito núm. 50787 de 13 junio de 1994, de la Subdirección General de Gestión del INSS, BISS 5-6/1994).

El segundo hito relevante en este período vino de la mano del Tribunal Constitucional al equiparar al varón en el acceso a la pensión de viudedad, tras su pronunciamiento en sentencia 103/1983, 22 de noviembre²⁴⁴. Resultaba que el Sr. Ruiz venía percibiendo pensión de invalidez permanente en cuantía reglamentaria desde 1973. Su esposa que también lucraba pensión de invalidez falleció en 1980 y solicitó del INSS pensión de viudedad, pero la entidad gestora le denegó la pensión de supervivencia al entender que el solicitante tenía medios de subsistencia, recordándole que era pensionista de invalidez. No se aquietó y tras agotar la vía administrativa interpuso demanda ante la jurisdicción social. En ella se alegaba en sustento de su pretensión que él había convivido con su fallecida esposa y se encontraba a cargo de ella, ya que consideraba que para subsistir ambos necesitaban acumular las dos pensiones, sosteniendo que el art. 7.2 de la OMS²⁴⁵ debía de considerarse derogado y aplicable en cambio el art. 10 de la citada OMS que establece la compatibilidad de la pensión de viudedad con las rentas de trabajo u otras pensiones. Aduciendo además que las normas que contienen discriminaciones por razón de sexo han sido expresamente derogadas por la Constitución en cuanto que lesiona precisamente el artículo 14 de nuestra Carta Magna. La Magistratura de Trabajo a instancia del actor, a la que se adhirió el Fiscal, planteó cuestión de inconstitucionalidad contra el párrafo segundo del artículo 160 de la LGSS, por ser contrario a los arts. 14 y 41 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional concluyó que el párrafo segundo del art. 160 LGSS era inconstitucional y por tanto nulo, así como el párrafo 1º de dicho artículo en cuanto que dice “*la viuda*”. Básicamente se llega a tal conclusión en razón a que²⁴⁶:

²⁴⁴ Otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional que equiparan al hombre respecto a la mujer en el acceso a las prestaciones de supervivencia, pueden verse en: STC 102/1992, 25 junio (RTC 1992/102), sobre viudedad del régimen SOVI; STC 5/1992, 16 enero, sobre derechos pasivos del marido; STC 3/1993, 14 enero, sobre favor familiares para hermanos e hijos.

²⁴⁵ Recuérdese que dicho apartado venía señalaba lo siguiente: “*El viudo tendrá derecho a pensión, en las condiciones señaladas en el párrafo 1º del número anterior, únicamente en el caso de que, además de concurrir los requisitos señalados en los apartados a) y b) de dicho número, se encuentre al tiempo de fallecer su esposa, incapacitado para el trabajo y sostenido económicamente por ella*”

²⁴⁶ La sentencia no fue unánime y tuvo dos votos particulares cuyos razonamientos merecen ser reseñados:

- Por un lado, el suscrito por Jerónimo Arozamena Sierra y Francisco Pera Verdarguer. Consideraban que si detectada una discriminación por razón de sexo en el precepto cuestionado contrario a la constitución lo que cabe de esperar es que se le excluya del ordenamiento jurídico. Sin embargo, este no es el resultado al que conduce la sentencia, sino que lo que hace es generalizar un régimen prácticamente de pensionalidad absoluta, lo que obviamente no es una tarea propia de la que se ha llamado función de legislador negativo como una que compete al Tribunal Constitucional. Por ello aun partiendo de que el sistema de viudedad hay un componente que pueda contrariar la exigencia constitucional de la no discriminación por razón de sexo, no es este un elemento aislable que pueda llevar a estimar que el artículo 160 de la Ley de Seguridad Social ha quedado en todo o en parte derogado por la Constitución. Se trata de un sistema que requiere una revisión, una puesta a punto constitucional. Tarea que corresponde a los poderes públicos que tenga tarea de responsabilidad de la gobernación y se sitúa dentro del marco de los artículos 9.2 y 41 de la Constitución. Desde esa globalidad no puede enjuiciarse la confrontación entre el artículo 160 LGSS y el artículo 14 de la Constitución, por lo que la cuestión de inconstitucionalidad debió de ser desestimada.
- Por su lado el formulado por Francisco Rubio Llorente, que es más asumido por la doctrina discrepante con el fallo, hace las siguientes consideraciones: La configuración legal de un derecho de prestación sólo puede ser considerada discriminatoria no por el simple hecho de establecer diferencias, sino sólo cuando la diferencia de tratamiento dada a distintos grupos sociales carezca de una justificación razonable. Los grupos sociales a los que la norma da en este caso distinto tratamiento son, sin embargo, grupos cuya condición es realmente muy distinta, pues es un hecho notorio que en nuestra sociedad se diferencian muy nítidamente las funciones que en el seno de la familia corresponden a hombre y mujer. La división doméstica del trabajo arroja sobre ella la parte más

- La situación de partida de la norma contenida en el artículo 160 LGSS presenta una práctica igualdad; en uno y otro caso se trata del fallecimiento del cónyuge de un trabajador afiliado a la Seguridad Social que ha efectuado las correspondientes cotizaciones y del derecho de su consorte a obtener pensión de viudedad.
- Sin embargo, hay una diferencia notoria del régimen jurídico entre el derecho a la pensión de viudedad de las viudas y los viudos.
- El único factor diferencial de cada una de las situaciones previstas en los apartados 1 y 2 es el sexo de la persona, viudo o viuda, lo que sitúa el precepto directamente en el marco del artículo 14 de la Constitución.
- El precepto legal cuestionado supone un trato desigual en perjuicio del varón, desde el momento en que el fallecimiento de éste es determinante en todo caso de pensión de viudedad a favor de su esposa, mientras que el de ésta solamente lo es si concurren las exigencias específicas que allí se señalan, pues sólo ellas determinan que sea idéntica la consecuencia. El trato desigual en perjuicio del varón es un hecho indiscutible desde el momento en que en identidad de circunstancias el legislador atribuye secuelas distintas²⁴⁷.
- -Que el derecho del artículo 41 de la Constitución es un *mínimum* constitucionalmente garantizado. El legislador puede, a impulso de motivaciones de orden de política jurídica o de política social, ampliar el ámbito de la protección. En nuestro Derecho, la idea de la “*situación de necesidad*” o “*estado de necesidad*”, como determinante de la protección de la Seguridad Social, se produjo con anterioridad a la Ley que ahora estamos examinando, aun cuando subsista todavía, parcialmente una actuación diferenciada del estado de necesidad en algunos casos. Concretamente, en el supuesto de la pensión de viudedad de la viuda la situación de necesidad no es tomada en cuenta, aunque sí lo es en la de los viudos, por lo que el razonamiento lleva a la igualdad rota ya

importante, cuando no la totalidad, del trabajo del hogar y dificulta su incorporación al mundo de la producción, en el que generalmente desempeña tareas, pero retribuidas que las que asumen los hombres, siendo iguales las circunstancias restantes. Esta desigualdad real y efectiva debe ser eliminada por el legislador por la vía y en momento que juzgue más oportunos para dar cumplimiento al mandato del artículo 9.2 de la Constitución, pero es evidente que no se suprime por el simple procedimiento de ignorarla y que se hace más dura mediante la anulación de normas cuya finalidad palmaria es la de compensarla. Y es evidente que hay buenas razones para sostener que esta compensación legislativa ayuda a perpetuar la discriminación social y que en consecuencia debe ser suprimida para eliminarla. Ahora esta eliminación es una medida de política legislativa cuya oportunidad y forma sólo al legislador debe determinar. El futuro no es misión del Tribunal Constitucional sino valorar el pasado ahora. Y en él la mujer casada se veía socialmente compelida a vivir a cargo del marido mientras que era excepcional la situación contraria, y por tanto no parece discriminatorio que se le dispense de probar esta situación, en tanto que sí habrá que probarla el varón, como no es absurdo, sino razonable, que se le exija a éste la prueba de no estar incapacitado para el trabajo, y sería absolutamente irrazonable condicionar a la incapacidad para trabajar la percepción de la pensión de viudedad a una mujer que durante toda la vida ha dedicado su esfuerzo a unas tareas domésticas fatigosas y absorbentes que le han impedido adquirir, entre otras cosas, una formación profesional. Estas consideraciones le llevan a valorar que el precepto no es contrario a la Constitución.

²⁴⁷ Sobre el significado y alcance del principio constitucional de igualdad y del derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo en este ámbito v. Rey Martínez, F. (2000): “El principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado por razón de sexo”, *Revista La Ley*, núm. 4984, de 3-2-2000.

su justificación, y en este sentido no debe olvidarse que la igualdad es un valor preeminente en nuestro ordenamiento jurídico, al que debe colocarse en un rango central, como demuestra el artículo 1.1 de la Constitución. Lo que lleva a que si el derecho discutido se funda en la situación de necesidad ésta debe existir para todos los eventuales titulares del derecho y si el derecho puede carecer de este fundamento debe ocurrir así para todos sus titulares.

- Y esa diferencia no se salva considerando que a favor de la mujer hay una presunción de necesidad *iuris et de iure* basada en datos sociológicos y en la realidad histórica. Sea o no realidad lo cierto es que no se considera fundamento suficiente para ese trato discriminatorio.

Aunque la equiparación llevada a cabo por el TC y los subsiguientes criterios judiciales habían llevado a la entidad gestora a reconducir sus criterios de aplicación literal de la Ley, formalmente los textos normativos mantuvieron esas diferencias. Será la Ley 20/1990, 20 diciembre, por la que se establecían en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, la que procederá formalmente a ordenar la supresión de tal discriminación. Nada tenía que ver tal norma con las prestaciones por muerte y supervivencia, pero su artículo 4 introducirá *“Modificaciones en orden a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombre y mujer”*, ordenando que se sustituyeran los términos *“esposa”*, *“esposas”* y *“viuda”* por *“cónyuge”*, *“cónyuges”* y *“cónyuges supervivientes”* que se recogían en los arts. 36, 100, 159, 160 y 163 de la LGSS. También reconocerá expresamente la igualdad en el acceso de los hijos y hermanos en la pensión a favor de familiares²⁴⁸. Si bien, olvidó que también se mantenían las diferencias en el subsidio temporal a favor de familiares y será el RD 1676/1990, 28 diciembre, de revalorización de pensiones, disposición adicional séptima el que resuelva tal omisión.

Finalmente, no debe olvidarse que Tanto en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o Trabajadores por Cuenta propia y en el Régimen Especial de Empleados de Hogar presentaban notorias diferencias en el régimen jurídico de la protección por muerte y supervivencia. A ellas pondrá fin el RD 9/1991, 11 enero, disposición adicional 13ª, de cotización para dicho año y el RD 2319/1993, 29 diciembre, 29 diciembre, disposición adicional 11ª, respectivamente, acordarán que *“las prestaciones de muerte y supervivencia serán reconocidas en los mismos términos que en el Régimen General, en lo relativo a sujetos causantes, beneficiarios, períodos previos de cotización, cálculo de la base reguladora, y porcentaje a aplicar sobre ésta para hallar la cuantía de la prestación”*.

²⁴⁸ Hubo un olvido ya que el subsidio temporal a favor de familiares también contenía tal situación discriminatoria y habrá que esperar a la disposición adicional séptima del RD 1676/1990, de revalorización de pensiones que modificará el art. 42 del D. 3158/1966, 23 diciembre, permitiendo al varón acceder al subsidio en las mismas condiciones que la mujer

E. LA PROTECCIÓN A LA VIUEDAD EN EL “PACTO DE TOLEDO” Y SU DESARROLLO POSTERIOR (1995-2010)

El conocido como “*Pacto de Toledo*”²⁴⁹ no es otra cosa que el resultado del trabajo encomendado por el Pleno del Congreso de los Diputados a la Comisión de Presupuestos para que elaborara un informe donde se definieran las principales líneas de la reforma de la Seguridad Social, que deberían de acometerse para garantizar el pago de sus prestaciones, así como que recogiera un conjunto de recomendaciones dirigidas al Gobierno para su aplicación²⁵⁰.

El trabajo de la citada Comisión²⁵¹ sería finalmente presentado al pleno del Congreso de los Diputados que fue aprobado sin modificaciones (271 votos emitidos, a favor 268, en contra 1, abstenciones 2)²⁵².

Dicho pacto político recogía una recomendación directamente vinculada con la prestación objeto de estudio, concretamente la XII que dice así:

“XII. REFORZAMIENTO DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

Reforzar el principio de solidaridad y de garantía de suficiencia, en la medida en que la situación financiera lo permita, adoptando medidas como pueden ser: la elevación de la edad máxima de permanencia en el percibo de las pensiones de orfandad, o la mejora de las pensiones de viudedad en el caso de menores ingresos.

La Ponencia propone que se proceda a la regulación de la responsabilidad, en orden a las prestaciones, adecuada a la realidad actual y a las características del modelo presente de Seguridad Social”.

Otras también con incidencia son la IX “*Sobre equidad y el carácter contributivo del sistema*” y la XI “*Sobre el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones*”.

El pacto político de poco servía si luego no lleva una concreción positiva. El Gobierno de aquellas fechas optó por contar también con el refrendo social más amplio posible. Así que en 9 octubre de 1996 se suscribió el conocido “*Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema Seguridad Social*”, suscrito entre el Gobierno y las Organizaciones Sindicales CCOO y UGT en la que se perfilaron una parte de las medidas de reforma del ordenamiento jurídico de la Seguridad Social para el cumplimiento de las recomendaciones del Pacto de Toledo. Su plasmación positiva se llevó a cabo a través de la Ley 24/1997, 15 julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema.

²⁴⁹ Ver Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (1996): *Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del Sistema de Seguridad Social y de las principales reformas que deberán de acometerse. Pacto de Toledo*, Colección Seguridad Social, vol. 15, Madrid.

²⁵⁰ Ver BOCG 17-9-1993, serie D, núm.8

²⁵¹ El Diario de sesiones del Congreso de los Diputados –Comisión– de 30-3-1995, núm. 470, recoge el debate y aprobación del informe por la Comisión de Presupuestos.

²⁵² Ver BOCG 12-4-1995, Serie E, núm. 134.

1. LA PRIMERA ETAPA DE DESARROLLO (1997-2000)

Como se acaba de decir la primera concreción del pacto político se encuentra en la Ley 24/1997, 15 julio y en el RD 1647/1997, 31 octubre que lo desarrollaba parcialmente. En el ámbito de las prestaciones de supervivencia se abordaron dos reformas:

- a) Una mejora en la cuantía de las pensiones de viudedad para menores de 60 años con cargas familiares²⁵³.
- b) La posibilidad de reconocer o mantener el percibo de la pensión de orfandad una vez cumplidos los 18 años sin necesidad de estar incapacitado para el trabajo hasta los 21 o 23 años²⁵⁴.

También dentro de esta primera etapa, merece mencionar las Leyes de “Acompañamiento” de 1997 y 1998. La Disposición Adicional 13ª de la Ley 66/1997, vino a modificar parcialmente los artículos 174 y 175 de LGSS posibilitando que se pudieran causar pensiones de viudedad y orfandad aunque el causante no se encontrara en alta al momento del hecho causante, algo que hasta entonces era sólo posible en el ámbito de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, para ello gravará el requisito de cotización previa, elevándolo a 22 años²⁵⁵. El período era excesivo y la Ley 50/1998 lo rebajaría a quince años.

También la Ley 66/1997 recogió la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la distribución de la pensión de viudedad para casos de separación y divorcio, colmando la laguna relativa a los matrimonios nulos, equiparándolos a los resultados de una separación o divorcio²⁵⁶.

²⁵³ Introduce una nueva disposición adicional, la séptima bis- en la LGSS

²⁵⁴ Ver art. 9 y 11 y Disposición Adicional Única y Disposición Transitoria 4ª del RD 1647/97.

También debe de tenerse en cuenta la Disposición Adicional 8ª del RD 4/1998, 9 enero, de revalorización y mejora de pensiones para dicho año que modificará las condiciones en que el huérfano pueda acceder o mantener la pensión más allá de los 18 años, así como modificará –algo no previsto en el Pacto de Toledo- las pensiones de favor familiares, aproximándolas al régimen previsto para la orfandad, Disposición Adicional 9ª y 10ª).

²⁵⁵ Lo que suponía que el causante tenía que contar a su muerte con casi 35 años de edad y haber cotizado ininterrumpidamente desde los dieciséis años (teniendo en cuenta que al año son computables no solo los días naturales sino también los denominados días cuota).

²⁵⁶ Recuérdese que la doctrina judicial ya la venía recogiendo sin mayores problemas, v. gr: s. TS 11-2-1985 as. 634 que venía a recoger lo siguiente “...porque si es verdad que las reglas 1ª y 3ª de la ya citada disposición adicional 10ª de la Ley de 7 julio de 1981 no regulan específicamente las situaciones derivadas de nulidad del matrimonio y sólo contemplan las de separación y divorcio, entre estas últimas y las primeras existe una clara identidad de razón, pues si es divorcio disuelve el matrimonio y hace desaparecer el vínculo conyugal ex nunc, es decir desde la fecha de la sentencia, la declaración de nulidad, aunque comporta que no existió matrimonio ni vínculo ex tunc, desde el principio, no invalida los efectos ya producidos respecto al o a los contrayentes de buena fe, que se presume (artículo 79 CC), es decir, que también cesan ex nunc, al ser declarada la nulidad, los efectos del matrimonio; identidad que no sólo autoriza sino que exige que lo dispuesto para la mujer divorciada sea aplicable por razón de analogía a la mujer cuyo matrimonio se anuló”.

2. SEGUNDA ETAPA DE DESARROLLO (2001-2005)

El proceso de reformas dio un paso más, ahora de manos del denominado “*Acuerdo para la mejora del Sistema de Protección Social*”²⁵⁷ que fue firmado en 5-4-2001 por el Gobierno, CCOO, Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa.

Entre las medidas que allí se recogen estaban dos que nos interesan²⁵⁸:

- El aumento gradual del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de viudedad que pasará del 45% al 52%. Un porcentaje especial del 70% para pensionistas con cargas familiares. Y un nuevo marco de compatibilidades de forma que, reuniendo determinados requisitos, quepa la posibilidad de que el pensionista de viudedad pueda contraer nuevo matrimonio sin por ello perder su pensión.
- Incremento de las pensiones de viudedad de los menores de 65 años.

La concreción positiva de estas medidas llegará por:

- a) *La Ley 24/2001, de 27 diciembre y el RD 1465/2001, de 27 diciembre.*

El porcentaje de la pensión de viudedad será incrementado con carácter general al 46%. Se regulará un porcentaje privilegiado del 70% para el cónyuge viudo que tenga cargas familiares que la pensión sea la principal o única fuente de ingresos y que los mismos no superen determinado límite.

Además se dará una nueva redacción a las causas de extinción, desapareciendo algunas que no se aplicaban en la práctica (la de conducta deshonesto o inmoral) y modificando otras, como la de contraer nuevo matrimonio, permitiendo tal situación, la del pensionista viudo casado, y finalmente se suprimirá una prestación singular la denominada “*dote por contraer matrimonio*”²⁵⁹.

²⁵⁷ Véase Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (2001): “*Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección Social*”, *Colección Seguridad Social*, nº.20, Madrid.

Otros acuerdos dignos de mención –relacionados indirectamente con las prestaciones que son objeto de éste estudio– son:

- El “*Acuerdo sobre trabajo a tiempo parcial y fomento de su estabilidad*” suscrito entre el Gobierno y las organizaciones sindicales CCOO y UGT en 13 noviembre de 1998, en el ámbito de la Seguridad Social presentaba como objetivos facilitar a los trabajadores a tiempo parcial el acceso efectivo a las prestaciones, mantener el principio de proporcionalidad a las peculiaridades de este colectivo mediante la incorporación del trabajo a tiempo parcial con el trabajo a tiempo completo a efectos de cálculo de las prestaciones.
- El “*Acuerdo sobre Revalorización de las Pensiones Mínimas del Sistema de Seguridad Social para el año 2000*”, suscrito entre el Gobierno y las organizaciones sindicales CCOO y UGT en 16-9-1999, que tenía como objetivo proponer al Gobierno y Partidos Políticos integrantes del Pacto de Toledo la revalorización de las pensiones mínimas del Sistema de la Seguridad Social contributivas y no contributivas para el año 2000.

²⁵⁸ Y para las pensiones de orfandad la ampliación del límite de edad a 22 y 24 años.

²⁵⁹ Por lo que respecta a la pensión de orfandad la modificación más relevante será la de incrementar el límite de edad en el percibo de la pensión una vez cumplida la edad de dieciocho años, pasando ahora a 22 o 24 según estemos ante un huérfano simple o absoluto. Al igual que la pensión de viudedad las causas de extinción de la pensión de orfandad serán actualizados.

b) *El RD 1425/2002, 27 diciembre, de Revalorización de Pensiones para 2003*

Su Disposición Adicional Primera se utiliza para modificar el RGP e incrementar el porcentaje de la pensión de viudedad que ahora pasa a ser el 48%²⁶⁰.

c) *La Ley 52/2003, 10 diciembre, de Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social.*

La mentada ley introdujo reformas importantes en el ámbito de la gestión, cotización, recaudación y acción protectora. En lo concerniente a las prestaciones de supervivencia, lo que hizo fue concretar los términos en que debe acreditarse el período de cotización exigible para acceder a la pensión de viudedad desde una situación de no alta y se dan reglas sobre el régimen de compatibilidad en el supuesto de concurrencia de pensiones de supervivencia causadas en diferentes regímenes²⁶¹.

d) *El RD 1795/2003, 26 diciembre, de mejora de las pensiones de viudedad.*

Este Real Decreto culminará la intención de mejora de la cuantía de las pensiones de viudedad, al fijar como cuantía de la misma el 52% de la base reguladora. Además, modificará la forma de cálculo de las pensiones de supervivencia derivada de contingencias comunes al permitir que el período de 24 meses a tomar en consideración de la base reguladora pueda ser elegido dentro de los últimos quince años en lugar de los 7 previstos hasta la fecha. Además, se prevé expresamente que las pensiones de supervivencia que se causan desde situaciones de pensionista lleven repercutido las mejoras que para las pensiones de supervivencia hayan tenido desde la fecha en que se causó la pensión del causante.

e) *La Ley “de Acompañamiento” 62/2003, 30 diciembre.*

La Ley será aprovechada para modificar las prestaciones de supervivencia. Realmente la reforma más bien es de “maquillaje”, ya que en la práctica se venía actuando ya así. Resulta que se da una nueva redacción al art. 172.1 de la LGSS –del sujeto causante- para eliminar la referencia a los inválidos provisionales e incluir a los preceptores de subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el

De la misma forma que ya se advirtió en el desarrollo del Pacto de Toledo, se aprovechó la oportunidad de introducir modificaciones en las prestaciones a favor familiares en similar sentido a que se hizo para las de orfandad.

²⁶⁰ Además, se incluirá como causa de extinción de la pensión de orfandad la adopción del huérfano.

²⁶¹ Por otro lado, desaparece la posibilidad de compatibilizar la pensión de orfandad con la asignación económica por hijo a cargo (que a los progenitores pudiera corresponderles). Tres meses más tarde se intentará recomponer la situación vía RD 364/2004, 5 marzo, autodenominado de mejora de las pensiones de orfandad a favor de minusválido. La Disposición Adicional Única de la Ley 8/2005, de 6 junio, para compatibilizar las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva con el trabajo no remunerado, ha venido a dar una nueva redacción al apartado 3 del art. 189 LGSS, en el sentido de declarar que las asignaciones económicas por hijo minusválido previstas en el apartado 2, párrafo b y c del art. 182 bis, son incompatibles con la condición, por parte del hijo, de pensionista de invalidez o jubilación en la modalidad no contributiva. Se omite, como se recogía en la versión anterior de este apartado, cualquier referencia a los pensionistas.

embarazo o maternidad, precisando algo que era obvio, que tales situaciones eran habilitantes para causar prestaciones por muerte y supervivencia. No obstante, se hace una precisión que no debe pasar desapercibida, la de que se ha de reunir el período de cotización necesario para causar tales prestaciones, algo que era de sentido común, pero que algún conflicto ya había suscitado.

3. TERCERA ETAPA. EL ACUERDO DE MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL DE 2006 Y SU CONCRECIÓN POSTERIOR (2007-2010)

El Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social de 2006²⁶², planteó las siguientes medidas a tomar²⁶³ en relación con dos prestaciones de supervivencia: la pensión de viudedad y la pensión de orfandad²⁶⁴.

Por lo que respecta a la protección a la viudedad el Acuerdo de 2006 partirá de una idea o fin: la necesidad de que la pensión de viudedad “*recupere su carácter de renta de sustitución*” para aquellas situaciones en que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supérstites: matrimonio, parejas de hecho siempre que tenga hijos en común y/o existiese dependencia económica del sobreviviente respecto del causante; y personas divorciadas perceptores de las pensiones previstas en el Código Civil.

La reforma se concretaba así:

- *Viudedad derivada de matrimonio.*

Para los casos de matrimonio y muerte derivada de enfermedad común se establecerá un nuevo requisito: que haya un vínculo matrimonial previo de 2 años o que haya hijos en común con derecho a pensión de orfandad. Caso de que no se acreditase la condición indicada procederá entonces el reconocimiento de una “*pensión*” –sic– temporal de viudedad.

- *Viudedad en casos de uniones de hecho.*

Para que las parejas de hecho puedan causar pensión de viudedad se exigirá que cumplan un período amplio de convivencia en común. Además, será necesario que hubiere dependencia económica con respecto al causante cuya

²⁶² Suscrito por el Gobierno de la Nación, CEOE, CEPYME, UGT y CCOO en 13 julio de 2006.

Ver Rodríguez Iniesta, G.: La reforma de la protección por muerte y supervivencia, capítulo VIII, de la obra colectiva *La reforma de la Seguridad Social (El Acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo)*, coord. F. Ferrando García, Ed. Bomarzo, Albacete, 2007, págs. 187 s 218.

²⁶³ Dentro del apartado de acción protectora de prestaciones contributivas. Además, en lo relativo a prestaciones no contributivas el Acuerdo a efectos del complemento a mínimos de las pensiones de viudedad de menores de 60 años, equipara la existencia de cargas familiares a la acreditación de tener una minusvalía igual o superior al 65%. Véase el art. 46 de la Ley 42/2006, 28 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007.

²⁶⁴ En lo concerniente a la pensión de orfandad, el Acuerdo de 2006 proponía lo siguiente: en primer lugar garantizar a los huérfanos el porcentaje reglamentario del 20% aunque coincidieran con un beneficiario de pensión de viudedad en porcentaje del 70%; en segundo lugar mejorar progresivamente la pensión mínima de orfandad para menores de 18 años con discapacidad del 65%; y por último se incrementa la cuantía de la pensión de orfandad, en casos de parejas de hecho, cuando el conviviente supérstite no tuviere derecho a la pensión de viudedad.

cuantificación estará en función de que hubiere o no hijos comunes con derecho a la pensión de orfandad. En el caso de que no se pudiera acceder a ella por no acreditar los requisitos necesarios, si hubiere hijos comunes con derecho a pensión de orfandad, el importe que hubiera correspondido incrementará tal pensión.

- *Viudedad compartida.*
- Se garantiza como mínimo el 50% del importe de la pensión para el cónyuge superviviente en caso de concurrencia con ex cónyuges.
- *-Viudedad “futura”.*

Y, por último, se anuncia una próxima reformulación de la pensión de viudedad para quienes hayan nacido después de 1967.

En cumplimiento de lo acordado el Consejo de Ministros de 16 de febrero de 2007 aprobó remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley presentado por el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales que culminaría en la Ley 40/2007, de 4 diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (LMSS). En lo concerniente a las prestaciones objeto aquí de estudio las reformas se concretan en su artículo 5 y en las Disposiciones Adicionales Tercera, Quinta, Décima, Vigésima Quinta y Trigésima y en la Disposición Final Tercera de la LMSS, que serán objeto de estudio a continuación.

La LMSS, vino a modificar el régimen jurídico de la protección a la viudedad en el marco de las prestaciones de muerte y supervivencia en los siguientes aspectos²⁶⁵:

- Posibilitar el acceso a la pensión de viudedad, auxilio por defunción e indemnización especial a tanto alzado a los supervivientes de uniones no matrimoniales.

²⁶⁵ Si bien el Acuerdo de 2006 se limitaba a las prestaciones de viudedad y orfandad, la LMSS irá más allá alcanzando a otras prestaciones como el auxilio por defunción y la indemnización especial a tanto alzado con el fin básicamente de que los sobrevivientes de parejas de hecho puedan acceder a las mismas. Por lo que respecta a la pensión de orfandad la reforma supuso:

- Una mayor facilidad en el acceso a la pensión de orfandad al no exigir período de cotización previo al causante que se encontrase en alta al momento del hecho causante. Medida no prevista en el Acuerdo de 2006.
- Se facilitará la compatibilidad del percibo de la pensión de orfandad con ingresos procedentes de trabajo por cuenta propia o ajena, suprimiéndose además la incompatibilidad con el trabajo en el sector público. Medida no prevista en el Acuerdo de 2006.
- El establecimiento de una garantía para los huérfanos en el sentido de que no verán afectados el porcentaje de su pensión por el disfrute de una pensión de viudedad en porcentaje del 70%.
- Mejorar la pensión mínima de orfandad de beneficiarios menores de 18 años y con una discapacidad igual o superior al 65%.
- Se proclama con carácter general el derecho de los huérfanos en el acceso a las prestaciones cualquiera que sea la naturaleza de su filiación.
- Posibilidad de incrementar la cuantía de la pensión de orfandad, en los casos en que el llamado a ser beneficiario de la pensión de viudedad sea condenado en sentencia firme por delito doloso de homicidio o de lesiones de la causante de las prestaciones por muerte y supervivencia. Posibilidad tampoco prevista en el Acuerdo de 2006.

- Restringir el acceso a la pensión de viudedad a las uniones matrimoniales cuando la muerte deriva de enfermedad común, exigiendo una antigüedad mínima en el matrimonio.
- Establecer una nueva prestación de viudedad para cuando las uniones matrimoniales no cumplan los requisitos para causar la pensión.
- Fijar un nuevo modelo de distribuir la pensión de viudedad cuando estemos ante supuestos de concurrencia de beneficiarios, estableciendo una garantía mínima para el cónyuge o pareja actual.
- Y por otro lado deja la “puerta abierta” a una reformulación total de la pensión de viudedad.

Sobre las concretas reformas cabría hacer las siguientes consideraciones:

Primera. Sobre la prestación temporal de viudedad (nueva letra c) al art. 174.1 LGSS/1994).

Resulta curiosa su denominación que era desconocida hasta aquellos momentos en el cuadro de prestaciones del sistema. El Acuerdo de 2006 la denominaba “*pensión temporal*”, si bien y tras el Dictamen del CES al anteproyecto de ley que consideraba que el término pensión debe reservarse para las prestaciones económicas de carácter vitalicio, se consideró más acertado denominarla prestación temporal. Realmente la denominación más idónea quizás hubiera sido la de “*Subsidio temporal de viudedad*”, por obedecer más a la clásica distinción de las prestaciones económicas en atención a su entidad o intensidad. Por otro lado no se olvide que esta era la denominación que en los inicios del sistema se le daba a la prestación que percibía el supérstite cuando no podía acceder a la pensión de viudedad²⁶⁶.

Segunda. Una actualización y adecuación de la prestación por muerte al nuevo ámbito de sujetos beneficiarios

Como ya se ha advertido el Acuerdo de 2006 no recogía ninguna previsión sobre esta prestación, sin bien el legislador ha creído oportuno introducir dos modificaciones en su régimen jurídico:

La primera coherente con una de las principales reformas de la protección a la viudedad, la extensión de los beneficios a los supervivientes de uniones de hecho. La nueva redacción del artículo 173 de la LGSS dice así:

“El fallecimiento del causante dará derecho a la percepción inmediata de un auxilio por defunción para hacer frente a los gastos de sepelio a quien los haya soportado. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que dichos gastos han sido satisfechos por este orden: por el cónyuge superviviente, el sobreviviente de una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado 3 del artículo 174, hijos y parientes del fallecido que conviviesen con él habitualmente”.

²⁶⁶ Recuérdese el artículo 161 LSS de 1966.

Como se puede apreciar se trataba de dar cabida dentro del elenco de beneficiarios al sobreviviente de una pareja de hecho, en las mismas condiciones que el cónyuge. En principio no parece que pueda producirse es la concurrencia entre el cónyuge y el sobreviviente de una pareja de hecho, puesto que nadie que este casado puede formalizar una pareja de hecho y a la inversa la formalización de matrimonio es causa de extinción de la pareja. De todas formas, en realidad solo estamos ante una presunción *iuris tantum* que cede ante quien acredite haber asumido los gastos de sepelio.

La otra novedad de la que el Acuerdo de 2006 tampoco nada decía, se recoge en la Disposición Adicional Décima de la LMSS en los siguientes términos:

“El auxilio por defunción se incrementará en un 50 por ciento en los próximos 5 años, a razón de un 10 por ciento anual. A partir de ese momento, en cada ejercicio, se actualizará el auxilio por defunción con arreglo al índice de precios al consumo”.

El auxilio por defunción es una prestación de gran tradición dentro de la acción protectora de la Seguridad Social. No deja de ser hoy una prestación simbólica que algunos han venido considerando como una prestación a desaparecer. No obstante, conviene recordar que esta prestación inmóvil desde su establecimiento en el sistema de Seguridad Social desde 1967, tenía en sus orígenes una relevancia cuantitativa importante. Así el D. 2419/1966, de 10 de septiembre, artículo 1 fija el SMI para los mayores de 18 años en 84 pesetas/día o 2.520 pesetas/mes y el D. 2342/1967, de 2 de septiembre, lo estableció en 96 pesetas/día y 2.880 pesetas/mes, luego que en aquellas fechas una prestación de 5.000 pesetas venía a significar aproximadamente dos mensualidades del SMI. Si se hubiera seguido guardando la misma proporción la prestación podría tener un importe actual de 1.141,20 euros²⁶⁷, cantidad respetable y que se bien puede ser que no cubra el coste total de los gastos de entierro si supondría una importante ayuda para ello. Cuarenta años después el legislador ha decidido decide a actualizar el importe en unos términos que merecen un comentario poco favorable. El importe en 5 años pasará de 30,05 euros a 45,08 euros y a partir de ahí se irá actualizando conforme al IPC, el lector juzgará. Las enmiendas propuestas en Senado eran más razonables por no decir serias, por ejemplo, la de que *“...El importe de dicha prestación será equivalente al importe económico de la base reguladora que deba utilizarse para el cálculo de las prestaciones por muerte o supervivencia. Para el caso de que no se genere derecho a ninguna de ellas, el importe de una base reguladora de la prestación que se hubiera generado de tener algún beneficiario derecho a ellas”*²⁶⁸. Poco duró la medida y una vez alcanzados los 46,50€ se dejará de actualizar y finalmente la disposición derogatoria 2 de la Ley 48/2015, 29 de octubre, eliminará tal previsión.

Tercera. El nuevo régimen jurídico de la pensión de viudedad.

1.º) Para el cónyuge supérstite: pensión de viudedad o prestación temporal de viudedad.

La reforma modifica las condiciones de acceso a la pensión de viudedad para las uniones matrimoniales exigiendo que cuando el hecho causante (la muerte) derive de

²⁶⁷ RD. 1632/2006, 29 diciembre.

²⁶⁸ Propuesta por el Grupo Parlamentario Entesa catalana Progrés, BOCC, Senado Serie II, 16 octubre de 2007, núm.118, página 41 y 42.

enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal será preciso una “antigüedad mínima” en el matrimonio de un año antes del hecho causante²⁶⁹.

Es curioso este requisito que no ha sido exigido en ningún momento en nuestro sistema de Seguridad Social, ni el texto articulado de la Ley de Seguridad Social de 1966, ni el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, ni el de 1994 requerían tal condición. Hay que remontarse al Mutualismo Laboral²⁷⁰ para ver un requisito similar o al régimen SOVI²⁷¹.

Las controversias probablemente se plantearán a la hora de determinar el momento en que la enfermedad “de la cara” y si esta ya estaba instaurada antes o después del matrimonio.

No obstante, este condicionante se puede obviar en dos supuestos:

- a) Que se tengan hijos comunes²⁷². Y aquí también habría que volver los ojos al Mutualismo Laboral y a la O. 13-2-1967 en su “vigencia” inicial que permitía salvar los requisitos de edad y antigüedad en el matrimonio si el fallecido dejare hijos habidos con su viuda.

Una duda surge a continuación *¿qué va a pasar cuando no se tenga hijos comunes?* Supongamos hay un hijo beneficiario de la pensión de orfandad pero que sólo lo sea de uno de los cónyuges, bien del causante, bien del sobreviviente *¿no se causará entonces pensión de viudedad?* Aparentemente la respuesta sería negativa, aunque poco lógica. Por un lado, cabría ser beneficiario de la pensión teniendo hijos comunes sin derecho a pensión de orfandad y por otro no cabría acceder, aunque se tuviera hijos a cargo beneficiarios de pensión de orfandad. Recuérdesse que en la actualidad, incluso los hijos que el cónyuge superviviente aporta al matrimonio pueden acceder a la pensión de orfandad del padrastrero²⁷³.

- b) Cuando se haya convivido antes del matrimonio y la suma de la convivencia matrimonial más la de la extramatrimonial (en los términos fijados para las “parejas de hecho”) supere los 2 años.

El Acuerdo de 2006 tampoco contemplaba esta asimilación y parece que se ha querido premiar esa convivencia no matrimonial reconvertida luego en matrimonial. Los conflictos estarán servidos especialmente cuando se haya convivido antes del matrimonio, pero sin formalizar la misma.

²⁶⁹ El Acuerdo de 2006 exigía dos años de antigüedad previa con independencia del momento en que se originara la enfermedad.

La Disposición final tercera del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008 modifica el artículo 38 de la Ley de Clases Pasivas del Estado en similares términos.

²⁷⁰ Se exigía haber contraído matrimonio antes de los sesenta años y con dos años de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento, art. 82 del Reglamento General del Mutualismo Laboral, aprobado por O. 10-9-1954.

²⁷¹ Se exige tener 65 años cumplido o incapacitado para el trabajo, que hubiere contraído matrimonio al menos diez años antes de la fecha del fallecimiento y que hasta el mismo hubieran estado conviviendo, art. 3 Decreto Ley 2 de septiembre de 1955.

²⁷² El Acuerdo de 2006 exigía que tales hijos comunes tuvieran además derecho a pensión de orfandad.

²⁷³ Véase art. 9.3 RD 1647/1997, de 31 octubre.

Finalmente, una reflexión ¿por qué se limitaba esta exigencia a que el hecho causante derive de enfermedad común? Era obvio que en el “aire flotaba” la idea de evitar matrimonios de última hora y de conveniencia. Aunque habría que preguntarse ¿si son tan frecuentes estos matrimonios? Y si se reducirán con la posibilidad de causar pensión tras la viabilidad de acceso de las uniones de hecho. Y por otro lado ¿por qué no se extiende tal condicionante también a los supuestos de enfermedad profesional? Al fin y al cabo, los reparos serían los mismos que para una enfermedad no profesional.

Por lo que respecta a la prestación temporal de viudedad, como ya se ha indicado antes, la LMSS introdujo un nuevo artículo 174 bis en los siguientes términos:

“Cuando el cónyuge superviviente no pueda acceder al derecho a la pensión de viudedad por no acreditar que su matrimonio con el causante ha tenido una duración de un año o, alternativamente, por la inexistencia de hijos comunes y reúna el resto de los requisitos enumerados en el artículo 174, tendrá derecho a una prestación temporal en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años”²⁷⁴.

Esta prestación como se puede ver estaba condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) El causante debe haber estado afiliado y en alta o situación asimilada y en su caso acrediten el período mínimo de cotización necesario; b) En caso de ausencia de alta o asimilada que el causante acredite el período de cotización cualificado de 15 años; y c) Que el beneficiario acredite la condición de cónyuge del causante, quedando vedado el acceso a las parejas de hecho.

La prestación será la misma que la que hubiera correspondido de haber accedido a la pensión de viudedad, si bien limitada su duración a dos años. Aquí se puede ver otra diferencia respecto a lo indicado en el Acuerdo de 2006, dado que este limitaba su duración al equivalente al tiempo que hubiera durado el matrimonio.

2.º) Un nuevo beneficiario: el superviviente de una de una pareja de hecho.

El apartado 3º del art. 174 de la LGSS/1994 recogerá como requisitos para que las parejas de hecho puedan lucrar pensión de viudedad los siguientes:

- 1) El causante debe reunir los mismos que si estuviéramos ante una unión matrimonial, es decir: afiliación, alta o situación asimilada y período de cotización que en atención a la causa de la muerte proceda. Queda también comprendida la situación en que se puede causar la pensión desde situaciones de no alta o situación asimilada a ella.
- 2) Encontrarse unido al causante al momento del fallecimiento formando pareja de hecho.
- 3) Los ingresos del beneficiario, durante el año natural anterior al hecho causante, no deben alcanzar el 50% de la suma de los propios y los del causante en el mismo período. Caso de hubiere hijos comunes con derecho a pensión de orfandad el porcentaje será del 25%. También cabe la posibilidad de reconocer

²⁷⁴ El artículo 161 del texto articulado de la LSS de 1966 un subsidio temporal de viudedad para quienes no causaban pensión de viudedad por no reunir todos los requisitos para ello.

la pensión de viudedad cuando los ingresos del superviviente resulten inferiores a las 1,5 veces el importe del SMI vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá de mantenerse durante todo el percibo de la prestación²⁷⁵. Se consideran ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que se computan para el reconocimiento de los complementos para mínimos²⁷⁶.

Como se puede apreciar no toda superviviente de una pareja de hecho accederá a la pensión de viudedad, tendrá que acreditar además de la convivencia, la dependencia económica respecto del causante, algo que para los unidos por matrimonio no se exige, puesto que parece que se presume.

El primer problema que planteaba este nuevo grupo de beneficiarios era determinar que se entendía por pareja de hecho, dado que no había (ni hay) un concepto estatal de que hay que entender por pareja de hecho ni tampoco hay uniformidad en la legislación de aquellas Comunidades Autónomas que habían optado por normar estas uniones. Por eso la nueva redacción del artículo 174 de la LGSS/1994, incluirá un concepto de pareja de hecho a efectos de Seguridad Social que a tenor del mismo deberá de reunir los siguientes requisitos²⁷⁷:

- La pareja deberá estar constituida “... *con análoga relación de afectividad a la conyugal*”.
- Que no haya impedimento para contraer matrimonio²⁷⁸.
- Ni vínculo matrimonial con otra persona (aunque este requisito está implícito en el anterior).
- Acreditar una “... *una convivencia estable y notoria inmediata al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años*”.
- Demostrar la existencia de pareja de hecho y ello “... *se acreditará mediante certificación de inscripción en los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja*”. En ambos casos –inscripción o constitución– deberán de haberse producido con una antelación mínima de 2 años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante. Un dato importante que podrá plantear problema, de lo reproducido no parece que sea suficiente que en el documento por el que se formalice tal unión se declare –en muchas ocasiones así se hace constar– que hay una convivencia previa de, por ejemplo, cinco años, ya que faltaría su acreditación por el certificado de empadronamiento.

Pocas novedades presentan estos condicionantes respecto a lo ya normado por las Comunidades Autónomas. Quizás lo más interesante sea señalar que por un lado debe

²⁷⁵ Esta posibilidad no estaba prevista en el Acuerdo de 2006.

²⁷⁶ Véase art. 6 RD 1578/2006, de 22 diciembre.

²⁷⁷ En similares términos la Disposición final tercera del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008 modifica el art. 38 de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

²⁷⁸ Véanse art. 46 a 48 del Código Civil.

acreditarse la convivencia física (a eso se refiere la exigencia de empadronamiento) a diferencia del supuesto de matrimonio en que se da por hecho “*se presume salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos*” dice el artículo 69 del Código Civil. Y por otro lado que la pareja de hecho debe haberse formalizado al menos dos años antes del hecho causante.

Si bien y para las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, se preveía lo siguiente (párrafo 5º del apartado 3º del artículo 174 LGSS) prevé lo siguiente²⁷⁹: “*en las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica*”. Excepción esta que sería luego declarada inconstitucional por STC 41/2013, de 14 de febrero.

3.º) El acceso a la pensión de viudedad en supuestos de crisis y rupturas matrimoniales.

Separación, divorcio y nulidad matrimonial.

La nueva redacción del apartado 2º del artículo 174 de la LGSS²⁸⁰ estableció que en los casos separación o divorcio la pensión corresponderá –siempre que se reúnan los requisitos para causar la prestación– a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, siempre que no se haya vuelto a casar o haya constituido pareja de hecho en los términos antes vistos. Además el superviviente debe ser acreedor de la pensión a que se refiere el art. 97 del Código Civil y la misma quede extinguida por el fallecimiento del causante²⁸¹. Se venía en definitiva a limitar el acceso de ex cónyuges a situaciones en que hubiera una dependencia económica real y acreditada vía pensión civil compensatoria.

Convendría recordar que la pensión civil no tiene carácter alimenticio, sino más bien indemnizatorio por el desequilibrio económico producido que tiene que ser reparado. Situación que es frecuente especialmente en matrimonios mayores en que generalmente uno de los cónyuges ha trabajado y el otro no, por haberse dedicado a los hijos o al cuidado del hogar familiar. La pensión se concreta o determina por el Juez atendiendo a toda una serie de circunstancias: al acuerdo a que hubieren llegado los cónyuges; la edad y estado de salud; cualificación profesional y probabilidades de empleo; dedicación pasada y futura a la familia, etc.²⁸². La pensión es un derecho renunciabile y sobre el que se admite negociación, admitiéndose su sustitución por una renta vitalicia, el usufructo sobre determinados bienes o la entrega de una capital en bienes o en dinero²⁸³, artículo 99 del código civil.

²⁷⁹ En similares términos la Disposición final tercera del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008 modifica el art. 38 de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

²⁸⁰ En similares términos la Disposición final tercera del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008 modifica el art. 38 de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

²⁸¹ El artículo 97 del CC dice así: “*El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca desequilibrio económico con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia...*”.

²⁸² Véase art. 97 del CC.

²⁸³ Véase art. 99 del CC.

Por otro lado, no hay que olvidar que, si bien lo normal es que tras la muerte la pensión civil se extinga, no siempre tiene que ser así. Sin embargo, de lo normado resulta imprescindible que la pensión civil se extinga. Lo que llevará a una posición difícil en algunos casos al ex cónyuge superviviente de tener que aceptar la extinción de la pensión civil o negociar una salida con los herederos del causante.

Para el caso de que haya divorcio y se produjera concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión de viudedad, ésta se reconocerá en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos, garantizándose en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad –en los casos de parejas de hecho–²⁸⁴.

Dos datos merecen ser destacados tras la reforma: el primero es la fijación de una garantía para el cónyuge o pareja de hecho actual frente al menoscabo que pueda sufrir por la concurrencia de ex cónyuges y en segundo lugar, la previsión de tal garantía también para el caso de la pareja de hecho²⁸⁵.

En casos de nulidad matrimonial, apartado 4º del párrafo 2 del artículo 174 LGSS²⁸⁶, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del CC²⁸⁷. Salvo que hubiera contraído matrimonio o bien hubiera constituido una pareja de hecho. La pensión se reconoce en cuantía proporcional al tiempo de convivencia matrimonial, sin perjuicio de que le afecten los límites antes indicados cuando concorra con el cónyuge o pareja de hecho actual.

Afortunadamente el legislador es ahora previsor y no se olvida como ocurrió en anteriores reformas del art. 174 de la LGSS de los casos de situaciones de nulidad matrimonial. Recuérdese que hubo que esperar a la reforma llevada a cabo por la Disposición Adicional 13.1 de la Ley 66/1997, de 30 diciembre, para que expresamente se recogiera como beneficiario a superviviente de un matrimonio declarado nulo, pues ni el primer texto articulado (la LSS de 1966), ni los sucesivos textos refundidos (1974 y 1994), hicieron mención a los supuestos de nulidad matrimonial²⁸⁸.

La Disposición final 3.ª 10 de la Ley 26/1990, de 23 diciembre, modificará el art. 174.2.1 de la LGSS/1994, liberando de la exigencia de ser acreedor de la pensión compensatoria a las víctimas de violencia de género.

Supuestos excepcionales.

²⁸⁴ Apartado 2, párrafo 2º del art. 174 LGSS.

²⁸⁵ Circunstancia esta última no prevista en el Acuerdo de 2006.

²⁸⁶ En similares términos la Disposición final tercera del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008 modifica el art. 38 de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

²⁸⁷ El artículo 98 del CC dice así: “El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97”.

²⁸⁸ No obstante, ya la sentencia del TS. de 11-2-1985 había declarado la identidad de razón de las situaciones derivadas de la nulidad del matrimonio y las de separación o divorcio. Habrá que esperar no obstante a la Resolución de 3 de abril de 1995 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social para que la Administración de la Seguridad Social acepte expresamente tal situación, influenciada –todo hay que decirlo– por la s. TS en unificación de doctrina de 11-2-1994 (RJ 870).

Una previsión importante presenta la LMSS en su Disposición Adicional Tercera y es que la reforma afecte a hechos causantes ocurridos antes de que entre en vigor la reforma²⁸⁹, por cierto no tenido en cuenta en el Acuerdo de 2006. Se trata de reconocer con carácter excepcional la pensión de viudedad cuando concurren las siguientes circunstancias:

1. El causante al momento de la muerte debe haber reunido los requisitos de alta y cotización previa y que no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad.
2. Que el beneficiario acredite convivencia ininterrumpida con el causante durante, al menos, los seis años inmediatamente anteriores al fallecimiento de éste.
3. Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes.
4. Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva.
5. Debe solicitarse en el plazo improrrogable de doce meses a la entrada en vigor de la ley. Los efectos económicos serán desde el día primero de 2007.

Es positiva esta previsión ya que se va a permitir el acceso a las parejas no unidas por matrimonio que hasta ahora habían visto rechazado su petición y que en algunos casos dejaban fuera de la protección situaciones límite merecedoras de ella.

Ahora bien, algunas consideraciones pueden hacerse sobre el particular, a saber:

- *Respecto a la convivencia ininterrumpida de seis años inmediatamente anteriores.* Realmente es no es una convivencia previa excesiva pero no se entiende porqué tiene que ser un año más que para los hechos causante producidos tras la entrada en vigor de la reforma²⁹⁰. El problema fundamental con que se va a encontrar quien pretenda acceder por esta modalidad es la prueba de tal período de convivencia ininterrumpida. En este punto el apartado b) de la Disposición Adicional Tercera se remite lo normado en el artículo 174.3, párrafo 4º.) primer inciso, y la duda surge a continuación *¿Qué pasa con las comunidades autónomas con Derecho Civil propio?* La literalidad de la Disposición Adicional Tercera parece que excluye tal aplicación.
- *Se precisa haber tenido hijos comunes.* Una restricción poco comprensible porque no se toma en cuenta no ya los hijos aportados a la unión por el superviviente, sino los hijos propios del causante y de los que a lo mejor se haya hecho cargo la pareja.
- *Incompatibilidad con pensiones contributivas.* Se supone que alcanza a las pensiones de incapacidad permanente y a la de jubilación, porque respecto a pensiones de supervivencia es más difícil, aunque no imposible, que se pueda

²⁸⁹ Una similar previsión se recoge en la Disposición adicional decimocuarta del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008 para los beneficiarios del Régimen de Clases Pasivas del Estado.

²⁹⁰ Inicialmente el proyecto de Ley exigía 15 años.

plantear la controversia. Podría ocurrir que un pensionista ya de viudedad pidiera ahora una nueva pensión de viudedad por esa convivencia de hecho, evidentemente porque la cuantía final resultante sea más ventajosa. No parece que deba haber óbice en su reconocimiento, evidentemente no en su compatibilidad, que habría que ejercer la opción. Aunque nada se dice respecto a las pensiones no contributivas, la incompatibilidad le vendría por verse afectado el nivel de recursos máximos. Adviértase por lo demás que no alcanza a otro tipo de rentas de trabajo o sustitutorias del mismo o de capital.

- *Solicitud dentro de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley.* Se trata de una exigencia discutible o como menos problemática, si bien el Tribunal Supremo entendería con posterioridad válida tal exigencia (STS 26-9-2013, RJ 2013, 7269).

A esta cuestionada situación excepcional se sumará más tarde otra con la Disposición Final 3.º.14 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre que dará una nueva redacción a la Disposición Transitoria decimoctava de la LGSS/1994, en el sentido de que el derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona separada o divorciada sea acreedora de la pensión compensatoria cuando entre la fecha de la crisis o ruptura matrimonial y el fallecimiento no hubieren transcurrido diez años y concurra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes: a) La existencia de hijos comunes del matrimonio; o b) Que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión. Y obviamente que el superviviente no hubiera sido el deudor de la pensión compensatoria.

4.º) La extinción de la pensión de viudedad.

Se establecerá un nuevo régimen de extinción de la pensión de viudedad, en los siguientes términos:

A) *Matrimonio y constitución de pareja de hecho.*

El apartado 4º del artículo 174 de la LGSS dice así:

“En todos los supuestos a los que se refiere el presente artículo, el derecho a la pensión de viudedad se extinguirá cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado anterior, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente”.

Realmente no era preciso este apartado ya que en los preceptos reglamentarios ya está recogido que la unión matrimonial, con las excepciones previstas, es causa de extinción. Y ahora con la reforma obviamente se extendería a la unión equiparable al matrimonio. Lo que sí que debe quedar claro es que solo la unión de hecho en los términos descritos en el futuro apartado 3º, párrafo 4º del artículo 174 de la LGSS, será el que dé lugar a la extinción y no cuando estemos ante una unión de hecho “no formalizada”.

B) *“Violencia de género”.*

La Disposición Adicional Trigésima de la LMSS da una nueva redacción a la LO. 1/2004 de 28 diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en los siguientes términos:

“1. Quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del sistema público de pensiones cuando la víctima de dichos delitos fuera la causante de la pensión, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos.

En tales casos, la pensión de viudedad que hubiera debido reconocerse incrementará las pensiones de orfandad, si las hubiese, siempre que tal incremento esté establecido en la legislación reguladora del régimen de Seguridad Social de que se trate”.

La reforma tiene una doble trascendencia, por una lado comprende en ese veto de acceso a la pensión de viudedad tanto a los unidos en matrimonio como por pareja de hecho y en segundo lugar va a suponer para los huérfanos con derecho a pensión de orfandad que su pensión sea incrementada con la pensión de viudedad que pudiera haber percibido el supérstite de la causante²⁹¹.

5.º) Concurrencia de beneficiarios en las prestaciones de supervivencia.

El art. 25.4 de la Ley 64/2003, de 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, modificó el art. 179.4 de la LGSS estableciendo nuevas reglas sobre límites de acumulación de las pensiones derivadas de tales contingencias, que básicamente venía a consistir en lo siguiente:

- Si concurren beneficiarios, cada uno percibirán la pensión que reglamentariamente le corresponda, siempre que la suma de todas ellas no supere el 100% de la base reguladora.
- Si concurren beneficiarios y se supera tal límite, entonces se actuará así: 1º) A la pensión de viudedad se le aplica el porcentaje del 52% o del 70% a la base reguladora según corresponda; 2º) A continuación, a las pensiones de orfandad, se les asigna el 20% a cada una, minorando dicho porcentaje cuando, sumadas las pensiones de orfandad y viudedad superen tal base reguladora; 3º) Caso de que no existan pensiones de orfandad o éstas sumadas a la viudedad, no supere el 100% de la base reguladora, podrán reconocerse la pensión a favor de otros familiares hasta el indicado límite y respetando la prelación siguiente: Primero, nietos y hermanos menores de 18 años o mayores incapacitados; Segundo, padre o madre del causante; Tercero, abuelos y abuelas del causante; y Cuarto, hijos o hermanos del pensionista de jubilación o incapacidad permanente contributiva, mayores de 45 años y reúnan los requisitos para ello.

La duda que surgió enseguida era sobre qué porcentaje de la pensión de viudedad actuaban los límites, el 52 o el 70 por ciento. La entidad gestora, con discutible criterio sostenía, que era aquel que se reconociera al viudo, lo que indudablemente afectaba a los huérfanos cuando este era el 70%, especialmente cuando estos no convivían con el beneficiario de la pensión de viudedad.

²⁹¹ Véase art. 36.2 D. 3158/1966, de 23 diciembre.

La LMSS ha introducido un último párrafo al artículo 179 LGSS en sentido de que la atribución del porcentaje del 70 por ciento en la pensión de viudedad no vaya en detrimento de la cuantía de las pensiones de orfandad. El único límite que tendrán las pensiones de orfandad será el 48 por ciento de la base reguladora.

6.º) Otras prestaciones conexas a las prestaciones a la viudedad.

No previsto en el Acuerdo de 2006, la LMSS vino a modificar el apartado 1 del artículo 177 de la LGSS en los siguientes términos:

“En el caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, el cónyuge superviviente, el sobreviviente de una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado 3 del artículo 174 y los huérfanos tendrán derecho a una indemnización a tanto alzado, cuya cuantía uniforme se determinará en los Reglamentos generales de esta Ley”.

En definitiva, se trata de extender los beneficios de esta prestación a los sobrevivientes de parejas de hecho.

7.º) La viudedad pendiente.

El Acuerdo de 2006 se limitó a formular unas medidas de reforma parcial de la pensión de viudedad, como se ha visto, pero además lanzó el siguiente mensaje:

“Para los nacidos con posterioridad a 1 de enero de 1967 se establecerán, previa la realización de un estudio, en el marco de la Comisión no Permanente de valoración de los resultados del Pacto de Toledo, reglas para la reformulación de la pensión de viudedad que, a su vez, serán objeto de negociación en el marco del diálogo social”.

Y por su parte la Disposición adicional vigésima sexta de la LMSS se ha limitado a señalar que:

“El gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de la pensión de viudedad”.

Cómo se puede ver poco se dice, pero las últimas reformas llevadas a cabo y la que ahora está en vías de ello nos dan alguna pista y es que se van recogiendo algunas de las ideas que ya se ofrecían en el denominado *Libro Naranja de la Seguridad Social*²⁹² que podrían afectar a:

- Exigencia de un período de cotización más elevado.
- Una edad mínima de acceso o encontrarse incapacitado.
- Una nueva fórmula de cálculo de la pensión vinculándola a la jubilación.
- Un nuevo marco de incompatibilidades, etcétera.

²⁹² Se trata del “Documento base para la reforma de la Seguridad Social para la Comisión Tripartita del Acuerdo Económico y Social, (A.E.S)”, publicado en la Colección Informes, serie Seguridad Social, Servicio Publicaciones del MTSS, 1985, Madrid.

F. ACTUALIZACIÓN, ADECUACIÓN Y MODERNIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LA VIUEDAD EN LA SEGURIDAD SOCIAL (2011-2019)²⁹³

El pleno del Congreso de los Diputados en 25 de enero de 2011 aprobó el denominado Informe de Evaluación y Reforma del Modelo de Pensiones elaborado por la Comisión de Seguimiento de los acuerdos del Pacto de Toledo (obtuvo 334 votos Si, 10 votos No y 2 abstenciones), que en su apartado 12 propone lo siguiente:

- Una reformulación integral de las prestaciones por muerte y supervivencia, singularmente la viudedad y la orfandad.
- Mejorar la actual pensión de viudedad (de mayores de 65 años) y la orfandad.
- La reforma debe mantener el carácter contributivo de estas prestaciones, sin perjuicio de introducir medidas o criterios en el acceso como edad, renta, hijos, compatibilidades, etc.
- Toma en consideración de nuevas realidades sociales y familiares, circunstancias socioeconómicas, para mejorar la protección de los pensionistas sin recursos y adecuación de la protección a otros colectivos.
- Se inclina porque la intensidad protectora sea en los 65 o más años, en los que la pensión es la principal fuente de ingresos, al objeto de garantizar una renta equiparable a la existente al fallecimiento, si bien con unos límites.
- Vincular la cuantía de la pensión a los períodos de cotización del causante, con una fórmula similar a la pensión de jubilación.
- Tratamiento fiscal singular de la pensión de viudedad (la pensión de orfandad está exenta, art. 7 letra h) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre).
- Revisión del conjunto de prestaciones para ver aquellas que han perdido su eficacia (se supone que va referido al auxilio por defunción y algunas de las prestaciones en favor de familiares).
- Una pensión no contributiva de orfandad.
- Una elevación de la pensión de orfandad.

A todo acuerdo político –normalmente– le sigue un acuerdo social y así el 2 de enero de 2011 se suscribe el denominado “Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones” suscrito por el Gobierno, CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, en su parte 1ª apartado II rubricado como “Pensiones (Acuerdo para la Reforma y Fortalecimiento del Sistema Público de Pensiones)” hubiera sido esperar el respaldo o la concreción de alguna de esas propuestas, pero ninguna referencia se

²⁹³ Rodríguez Iniesta, G.: “Muerte y Supervivencia”, capítulo VI obra colectiva *Reforma y Modernización de la Seguridad Social (Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto)*, dirigida por A. Sempere Navarro y Francisco J. Fernández Orrico, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 347-362.

contiene a las prestaciones de supervivencia. Congruente con ello el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno sobre “Actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social” (BOCG de 1 de abril de 2011) no contenía previsión alguna respecto a la protección a la supervivencia, salvo una lacónica Disposición Adicional primera, que rezaba así “*En las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 y siguientes se incluirán las previsiones normativas necesarias para cumplimentar las recomendaciones incluidas en el Pacto de Toledo en relación con la protección por muerte y supervivencia*”.

Todo ello con olvido del mandato del Pacto de Toledo de proceder a una reformulación integral de la pensión de viudedad que no hacen precisamente recomendable su tratamiento en una ley coyuntural como es Ley de Presupuestos²⁹⁴. Previsión que desapareció en su trámite parlamentario dejando paso primeramente a una reforma de la pensión de orfandad (ampliando la edad máxima para su acceso o permanencia en su disfrute) e incorporando una nueva modalidad de la cuantía de la pensión de viudedad para las personas con 65 o más años y que no perciban otra pensión pública (DA 19ª y 30ª del texto aprobado inicialmente por el Congreso de los Diputados²⁹⁵), para finalmente incorporar al texto definitivo una modificación de la DT. 18ª de la LGSS relativa a la pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores a 1-1-2008.

La reforma que introduce la LAAM en la protección a la viudedad afectó a la pensión de viudedad en el sentido siguiente²⁹⁶:

- Se modifica el acceso a la pensión de viudedad para los casos de crisis o rupturas matrimoniales anteriores a 1-1-2008. Y así no se exigirá en los siguientes supuestos: a) Duración del matrimonio mínimo 10 años y que además no hubieren transcurrido más de diez años desde el hecho causante, se tenga hijos comunes o bien se hayan cumplido 50 años al momento del hecho causante; y b) Duración del matrimonio mínimo de 15 años y que además se tenga 65 o más años cumplidos y no se tenga derecho a otra pensión pública. Este nuevo intento de que nadie quede sin pensión de viudedad se ha justificado, en líneas generales, en que no era de recibo exigir tal condicionante a situaciones de crisis o rupturas matrimoniales anteriores a la reforma, por no ser previsible para sus hipotéticos beneficiarios.
- Se establece un nuevo porcentaje de la pensión de viudedad para determinados supuestos, dirigido a: Edad del pensionista igual o superior a 65 años; no tener derecho a otra pensión pública; que no tengan ingresos por la realización de trabajos por cuenta propia o ajena. En el caso de que se tuvieren ingresos que estos no superen en cómputo anual el límite que esté establecido en cada momento para ser beneficiario de la pensión mínima de viudedad²⁹⁷. Esta medida, tras sucesivas suspensiones, no llegaría a entrar en vigor hasta 2018 por

²⁹⁴ Una crítica a este modo de proceder puede verse en Gete Castrillo, P. (2011): La reforma de pensiones de 2011: procedimientos y contenidos (y II), *Revista Relaciones Laborales*, nº 20, pág. 72.

²⁹⁵ BOCG –Senado–, 1 de julio de 2011, nº 88.

²⁹⁶ Y por lo que respecta a la pensión de orfandad la reforma consiste en ampliar la edad máxima de acceso o permanencia en su disfrute.

²⁹⁷ Ver la disposición adicional segunda regla primera del RD. 1622/2011, de 14 de noviembre.

el RD 900/2018, de 20 de julio, que lo fijaría para ese año en un 56% y del 60% a partir de 1-1-2019.

- Y además contiene una previsión o mandato de trato fiscal singular de la pensión de viudedad cuando se acumule a rentas procedentes del trabajo o con otras pensiones

G. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN LA PROTECCIÓN A SUPERVIVENCIA

La primera medida específica en el ámbito de las prestaciones de muerte y supervivencia de consideración de la violencia sobre la mujer²⁹⁸ se iniciará con la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género²⁹⁹, cuya Disposición Adicional Primera dispondrá, la pérdida de la condición de beneficiario de la pensión de viudedad para quien haya sido condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones cuando la víctima, fuera la causante de la prestación salvo que hubiere mediado reconciliación entre ellos. Quedando también privado de poder percibir la pensión de orfandad que le pudiese corresponder a los hijos menores de edad en atención a la patria potestad que pudiera seguir ostentando. En la práctica la medida quedaba limitada a:

- La imposibilidad de poder percibir por parte del agresor la pensión de

²⁹⁸ Otros ámbitos de la Seguridad Social en los que la violencia de género es tomada en consideración) son: 1) La consideración de cotización efectiva a efectos de prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, "maternidad" -hoy nacimiento y cuidado de hijo- desempleo y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, los períodos de suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto de trabajo (art. 165.5 LGSS y DA. Única del RD 1335/2005, de 11 noviembre); 2) La suspensión de la obligación de cotizar a la Seguridad Social durante un período de seis meses para las trabajadoras por cuenta propia que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o derecho a la asistencia social integral (art. 329 LGSS); 3) La suscripción de convenio especial con la Seguridad Social por parte de las trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan reducido su jornada laboral con disminución proporcional de salario (Orden TAS/2865/ de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de Seguridad Social); 4) La consideración como asimilada al alta a efectos de prestaciones por nacimiento de hijo los períodos considerados como de cotización efectiva respecto a las trabajadoras víctimas de violencia de género (RD 295/2009, de 6 de marzo); 5) El acceso a la pensión de jubilación anticipada en su consideración de cese no imputable al trabajador, cuando se extinga el contrato de trabajo por ser víctima de violencia de género (art. 207 LGSS); 6) La consideración de situación legal de desempleo o de cese en la actividad la extinción o suspensión del contrato de trabajo o el cese en el ejercicio de la actividad de forma temporal o definitiva que esté motivado por violencia de género (arts. 267, 331 y 332 LGSS). Los beneficios en la cotización relacionados con el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia de las víctimas de violencia de género puede verse en [http://www.seg-](http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/CotizacionRecaudacionTrabajadores/1938)

[social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/CotizacionRecaudacionTrabajadores/1938](http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/CotizacionRecaudacionTrabajadores/1938)

²⁹⁹ Véase lo ya dicho en el apartado II, B) Tercera etapa. Punto 4, de este estudio.

En general y sobre los derechos de las víctimas de violencia de género puede verse: AA. VV: El Derecho a la protección social de las víctimas de violencia de género. Estudio sistemático del Título II de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género de acuerdo con la distribución territorial del estado", obra dirigida por A. Ventura Franch, publicada dentro de del programa de Fomento de la Investigación de la Protección Social - FIPROS-, 2005. Disponible en <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/710beb49-c1fa-4dbd-8c32-1cb105492a94/105.+El+derecho+a+la+proteccion+social+de+las+victimas+de+la+violencia+de+genero>.

orfandad causada por la fallecida en favor del hijo, en atención a la minoría de edad de este.

- A que la pensión de viudedad "perdida" por el cónyuge condenado pasaría a incrementar la pensión de orfandad de los hijos.
- Y en el caso de ser condenado como autor de un delito de lesiones en la persona de la causante a la pérdida de la posibilidad de acceder a la pensión de viudedad, salvo que hubiere mediado reconciliación.

Téngase en cuenta que el supuesto de condena por delito doloso de homicidio, estaba ya comprendida como causa de imposibilidad de disfrute de la pensión, al considerarse como causa de extinción de la misma, desde los inicios del sistema de Seguridad Social en 1967³⁰⁰, incluso en un sentido más amplio ya que únicamente exigía *"declaración, en sentencia firme, de culpabilidad en la muerte del causante"*, por tanto –en principio– cabría entender comprendida cualquier forma en la comisión del delito, no solamente dolosa, sino también la imprudente.

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, introducirá importantes reformas en el ámbito de las prestaciones por muerte y supervivencia, concretamente su art. 5 vendrá a disponer que en los casos de divorcio o separación será preciso que el cónyuge superviviente sea acreedor de pensión compensatoria y esta se extinga al fallecimiento del causante (y para el caso de nulidad que le hubiera sido reconocida la indemnización prevista en el art. 98 del Código Civil). Unos años después, la Disp. Final 3.^a Diez de la Ley 26/2009, de 23 diciembre modificará nuevamente el art. 174.2 LGSS/1994, en el sentido de que *"En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento, en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho"*.

Con posterioridad la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, en sus DF. 10.^a a 14.^a introducirán importantes modificaciones en la Ley General de la Seguridad Social³⁰¹, Ley de Clases Pasivas del Estado³⁰², Ley de Enjuiciamiento Criminal³⁰³ y en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social³⁰⁴, Ley de

³⁰⁰ Véase el Decreto 907/1966, de 21 de abril, que aprobó el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de abril, sobre Bases de la de la Seguridad Social. El art. 11 letra e); y el art. 15 b) - por remisión-; de la Orden de 13 febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen de General de la Seguridad Social, establecen como causa de extinción de las prestaciones de viudedad -pensión y subsidio temporal la "Declaración, en sentencia firme, de culpabilidad en la muerte del causante". Y también el art. 1.2 de la Orden de 13 de febrero de 1967, que establece normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social.

³⁰¹ Introducirá nuevos preceptos en la misma: arts. 179 ter a 179 sexies y dará una nueva redacción a la Disposición Adicional 8.^a

³⁰² Incluirá una nueva Disposición Adicional 5.^a

³⁰³ Dará una nueva redacción a su Disposición Adicional 5.^a

³⁰⁴ Una nueva redacción a su art. 146.2.

Enjuiciamiento Criminal³⁰⁵ y en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social³⁰⁶, con el fin de regular las consecuencias del delito de homicidio doloso en el ámbito de las prestaciones de muerte y supervivencia del sistema de la Seguridad Social y en favor de familiares del Régimen de Clases Pasivas del Estado, reforzando así la lucha contra la violencia de género y garantizando los derechos de los colectivos más vulnerables, singularmente de los menores.

La novedad más relevante será tratar de evitar el acceso y mantenimiento a las citadas prestaciones y el mantenimiento de su disfrute de quienes fueran condenados por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio, en cualquiera de sus formas, cuando la víctima sea el sujeto causante de la prestación. Para su efectividad se normará un procedimiento para la suspensión cautelar del abono de las prestaciones que, en su caso, se hubieran reconocido cuando haya recaído sobre el solicitante resolución judicial de la que se deriven indicios racionales de criminalidad por la comisión del indicado delito, así como la revisión de oficio de los derechos reconocidos cuando recaiga sentencia firme al respecto. Por otro lado, se introducirán mecanismos de comunicación y coordinación necesarios con los órganos judiciales con la finalidad de evitar que las personas condenadas por el delito de homicidio doloso puedan percibir en su nombre la pensión correspondiente, contemplándose igualmente los incrementos de cuantía pertinentes cuando la pensión de viudedad sea denegada o retirada a los mismos³⁰⁷.

Y finalmente, la Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer, modificarán los arts. 42, 216, 224, 225, 228 y 233 de la LGSS y también el art. 42 del RD-Legislativo 670/1987, de 30 de abril, texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado³⁰⁸. Las novedades más relevantes serán las siguientes: a) Se introduce dentro de la acción protectora de la Seguridad Social una nueva prestación de orfandad dirigida a los hijos cuya madre haya fallecido habiendo sido víctima de violencia contra la mujer y no se causare por ello pensión de orfandad; b) Y además para los casos de fallecimiento de la causante víctima de violencia contra la mujer, las personas beneficiarias de la pensión de orfandad, tendrá derecho al incremento previsto para los casos de orfandad.

Por otro lado, se dirige un mandato al Gobierno para que en el plazo de tres meses realice un estudio donde se analicen otros supuestos de orfandad absoluta que pudieran no encontrarse suficientemente protegidos incluyendo propuestas de idéntica cuantificación económica a las previstas en la Ley 3/2019.

III. EL PORVENIR DE LA PROTECCIÓN A LA VIUEDAD

Se partirá de las múltiples propuestas oficiales (en el sentido de que proceden de grandes pactos políticos) o de otras que han ido surgiendo en el ámbito científico para

³⁰⁵ Dará una nueva redacción a su Disposición Adicional 5.ª

³⁰⁶ Una nueva redacción a su art. 146.2.

³⁰⁷ Ver su Exposición de Motivos.

³⁰⁸ Véase Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G.: "Género y Seguridad Social. Nuevas propuestas de reforma de la protección por muerte y supervivencia de la Seguridad Social derivadas de situaciones de violencia de género". *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 12, tercer trimestre 2017, pp. 13-22.

ofrecer unas líneas de por dónde pueden ir el nuevo marco jurídico de la protección a la viudedad que tantas veces se nos anuncia.

Inicialmente no parece descabellado pensar que la idea de redirigir su acción protectora radicada en el nivel contributivo, a favor de una protección asistencial está ahí y por tanto en peligro el principio de suficiencia querido por el art. 14 de la CE³⁰⁹. Y todo ello pese a que la propia Comisión del Pacto de Toledo ha querido salir al paso las críticas y en sus propios documentos de trabajo punto 12 viene a decir lo siguiente: “*La Comisión propone la reformulación integral de las prestaciones por muerte y supervivencia –en especial viudedad y orfandad- en la línea con lo ya demandado por el Pacto de Toledo en 2003, y que no ha sido llevado a término en su totalidad. (...) La Comisión defiende el mantenimiento del carácter contributivo de estas prestaciones...*”

No obstante, las consideraciones acerca de su futuro parten de los siguientes condicionantes:

- La pensión de viudedad se va a reformar.
- Es una protección que se pretende mantener en el nivel contributivo.
- Se parte de una idea o finalidad que condicionará el sentido de la reforma: la de recuperar su objetivo de prestación sustitutiva de rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento.
- Y como consecuencia de lo anterior, habrá que esperar la introducción o retorno de criterios limitativos basados en la edad, renta, tenencia de hijos, régimen de sus compatibilidades, etc.³¹⁰.

A) Contingencia protegida y situación de necesidad.

Una cuestión básica y sobre la que primero hay que pronunciarse es acerca de cuál es la contingencia a cubrir y la situación de necesidad a reparar.

En realidad, más bien parece que hay dos riesgos o contingencias protegidas. Uno de ellos es la muerte y el otro la supervivencia de determinados familiares al fallecimiento del sujeto causante. Se parte, pues, de que hay dos riesgos o contingencias protegidas: la defunción y la supervivencia de determinadas personas. Y de un presupuesto fáctico, la muerte de una persona. En el caso de la muerte, esta genera necesariamente unos gastos por entierro, funeral, etc., es decir un daño emergente que se compensará a quien se

³⁰⁹ Aparicio Tovar, J.: “La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: Hacia el seguro y asistencialismo”, *Revista de Derecho Social* n.º 19, 2002, pág. 47 y ss.

Sobre esta nueva orientación puede verse el estudio de Martínez Barroso, M. R.: “Los titubeos legales entre el fomento de la contributividad (tras el pacto de pensiones) y el incremento de la protección asistencial”, *Aranzadi Social* n.º 8, 2001, pág. 43 y ss.

³¹⁰ Ver Rodríguez Iniesta, G.: “Capítulo I. Tomo II. Viudedad, orfandad y protección a otros familiares, AA.VV. *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*”, Ediciones Laborum, Murcia, 2018, pág. 39 y Tortuero Plaza, J. L. y Rodríguez Iniesta, G.: “La pensión de viudedad como prestación contributiva del Sistema de Seguridad Social ¿una realidad cambiante? La valoración de la situación de necesidad de los beneficiarios”, en obra colectiva *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, obra dirigida por M.ª N. Moreno Vida y J. L. Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 2013, págs.101 a 152.

haya hecho cargo de dicha atención y los hubiere costado. Y ello con independencia de que realmente le comporte o no una necesidad efectiva o real, en definitiva, de que tenga una mayor, menor o nula repercusión en su patrimonio. Basta simplemente con que lo haya abonado. En definitiva en la cobertura de la contingencia de muerte se ha prescindido de que la necesidad tipificada emerja *realmente* <<lo que sucede en tales casos es que la legislación presume la necesidad efectiva tipificada, sin requerir la demostración de la efectividad de la necesidad>>³¹¹.

Sin embargo, en la protección a la supervivencia la defunción sólo actúa como presupuesto fáctico imprescindible ya que se protege al cónyuge o pareja de hecho y a determinados familiares, siempre que le sobrevivan. La necesidad atendida es así, la pérdida de los ingresos económicos que el fallecido aportaba a su familia (entiéndase cónyuge, pareja de hecho o en su caso ex cónyuges, así como determinados parientes). Estamos ante un verdadero lucro cesante, la pérdida de una fuente de renta, de aquí que se hable de que lo característico es la dependencia económica de tales familiares respecto de los ingresos que aportaba el fallecido³¹².

Ahora bien, la polémica o duda surge aquí: ¿se está protegiendo una absoluta dependencia económica de esos familiares llamados a ser beneficiarios? ¿Se está protegiendo una incapacidad de ganancia? ¿Se está protegiendo la situación de una familia que ha perdido los ingresos con los que el fallecido les mantenía? o más bien, ¿estamos ante una protección de una dependencia económica relativa y no absoluta?, es decir el nivel de ingresos de una familia, a modo de una renta sustitutiva de los ingresos que el fallecido aportaba. El matiz como se verá más adelante, es importante.

No parece correcto examinar la existencia de una situación de necesidad en términos absolutos. Es decir, si partimos de que nuestro sistema de Seguridad Social tiene o comprende dos niveles de protección, uno contributivo y otro no contributivo, no cabe identificar situación de necesidad en el nivel contributivo con lo que quepa entender como tal en el nivel no contributivo. En el segundo la situación de necesidad queda siempre objetivada en un dato básico: la no superación de un determinado nivel de rentas. Por su lado en el nivel contributivo se parte de unos requisitos generales o comunes para todas las prestaciones (afiliación y alta o situación asimilada) y de otros propios o específicos según cada prestación. Entre estos últimos suele encontrarse la exigencia de un período mínimo de cotización algo que no ocurre en el nivel no contributivo. Así como que determinados períodos de cotización actúan como elemento determinante de la cuantía de la prestación y todo ello con independencia del nivel de ingresos o rentas que el beneficiario pueda tener. Por eso, los parámetros de comparación en uno y otro nivel de protección, no pueden ser los mismos: en el ámbito de prestaciones contributivas huelga la atención al nivel económico que pueda tener el beneficiario.

Dicho lo anterior, a nadie se le oculta que la idea de que la prestación debe ser sustitutiva de las rentas perdidas y que el causante aportaba, abre la posibilidad de una reforma restrictiva, a saber: no procedería cuando el sujeto al momento del hecho

³¹¹ Ver Almansa Pastor, M.: *Derecho de la Seguridad Social*, ob. cit, pág. 258.

³¹² Sobre el fundamento de la protección y su evolución respecto a las pensiones de orfandad puede verse Menéndez Sebastián, P.: *Pensiones de Orfandad*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, págs. 61 y ss. También Pérez Alonso, M. A.: *La pensión de Viudedad en el Régimen General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 21 y ss.

causante no aportaba renta alguna, por ejemplo, estaba en paro no subsidiado; o eran mínimas porque percibía subsidios asistenciales de desempleo; lo que haría en muchos casos inviable –probablemente– el causar una pensión desde situaciones de no alta, etcétera.

B) El sujeto causante. Los requisitos que debe reunir.

De los actuales requisitos a cumplir, afiliación, alta o situación asimilada y en su caso período mínimo de cotización, quizás lo más destacable surja al analizar el papel actual del alta o situación asimilada en la protección por muerte y supervivencia y si debería o no elevarse el período mínimo de cotización.

El alta no parece que sea un requisito que debería de plantear dudas acerca de su necesidad; la exigencia de que concurra el alta para acceder a las prestaciones parece correcta, aunque esto sea ir en contra de otras opiniones doctrinales quizás más autorizadas. Con el alta se quiere que el sujeto esté vinculado activamente al sistema, no que lo haya estado con anterioridad, a fin de que tras producirse el hecho causante nazca la protección, no cuando el sujeto se hubiere desvinculado del sistema. La desconexión del causante con el sistema de Seguridad Social no concuerda con el esquema protector diseñado; de ser así la situación de necesidad –como se concibe o quiere rediseñarse– tendría que desaparecer y también la propia protección; por poner un ejemplo, si con la pensión de incapacidad permanente se pretende ofrecer una renta sustitutiva del salario, cuando la persona no trabaje, tampoco estará en alta –normalmente– y carecerá de sentido proporcionarle una renta, comparación que puede servir para otras prestaciones. Si se piensa lo contrario quizás hubiera que orientar el sistema de Seguridad Social hacia un sistema de ahorro privado o capitalización de rentas para futuros. En definitiva, el alta es necesaria para mantener el esquema protector del sistema y la solidaridad que constituye su base.

El segundo aspecto que se plantea dentro de los requisitos –cuasi– genéricos a cumplir por el causante es el del período mínimo a reunir cuando la muerte es imputable a enfermedad común. Parece que puede considerarse cuestionable hoy en día sostener que un período tan exiguo de 500 días (que en realidad son menos teniendo en cuenta los denominados días cuotas), sea bastante para acceder a una pensión vitalicia, cuando además ningún período de cotización se exige si la muerte se imputa a contingencias profesionales o accidente común (estando el causante en alta o situación asimilada). Si se pone en relación con los períodos de cotización mínimos de otras pensiones, como jubilación o incapacidad permanente, no se entiende muy bien la regulación; menos aún si se compara con los subsidios, como el de desempleo que para una cotización entre 360 y 539 días únicamente contemplan una correlativa prestación de 120 días. Sobre este requisito debería de actuarse, bien estableciendo uno fijo (por ejemplo, cinco años) u otro en función de la edad del causante (similar al previsto en la incapacidad permanente pensionable), manteniendo –si se quiere– la no exigencia en caso de que la muerte derive de accidente o contingencia profesional.

C) El beneficiario de la pensión o prestación de viudedad. Los requisitos a introducir.

a) La convivencia.

Tras más de 50 años de vigencia de nuestro sistema de Seguridad Social se ha pasado de un régimen complejo y diferenciado –según el sexo– de acceso a la pensión de viudedad a otro aparentemente sencillo, para ahora querer volver a rescatar los viejos condicionantes que se suponían superados. Si en sus inicios el acceso a la pensión venía condicionado a una serie de requisitos como el sexo, la edad, la convivencia y la dependencia económica y la incapacidad para el trabajo. A partir de 1981 y para los supuestos de uniones matrimoniales el único condicionante parece que se limitaba a la acreditación de ser cónyuge del causante. Sin embargo, se ha visto con posterioridad como se ha ido recuperando para determinados supuestos: uniones de hecho, matrimonios con escasa duración por muerte del causante y en caso de concurrencia de beneficiarios.

Se trata de un requisito que no debió entenderse suprimido (como consecuencia de la conocida Ley del Divorcio) y debería de retomarse para todo tipo de uniones. Con el quedaría claro cuál sería la situación de necesidad a cubrir la pérdida de ingresos que aportaba el causante, que se presumiría en caso de matrimonios y en otros casos habría que acreditarlo.

b) Una edad mínima.

Se pretende introducir incorporar o recuperar condiciones de acceso ya superadas tales como la edad, renta, hijos, etc. Realmente no es ninguna novedad en nuestro sistema, al fin y al cabo, no es otra cosa que volver a la situación de 1967. Siempre que se hablan de reformas en la pensión de viudedad salen a debate estos requisitos. La edad si se quiere introducir puede ser un factor razonable para una prestación de tipo vitalicio. La cuestión está en fijarla. Si volvemos la vista atrás, como se quiere, tendríamos tres a elegir: a) Cuarenta años como se exigía en sus comienzos el sistema (art. 12.1 c) de la OMS); b) Cincuenta o 65 años como hace el SOVI (art. 3 D-ley 2 de septiembre de 1955); y c) una edad intermedia que podría estar en los 45 años, como se hace en algunas propuestas de reforma. Una edad más elevada podría establecerse, pero ya entraríamos en un abandono de su carácter contributivo y acercamiento a una prestación no contributiva o asistencial o bien a una “viudedad-sovi”. Y en cierta medida sería absurda, pues si además hay condicionantes económicos realmente se le estaría invitando a que acuda a la protección social no contributiva. La edad además podría ser matizada para aquellos casos en que el beneficiario estuviere incapacitado o hubiera hijos a cargo, de la misma forma que preveía en sus inicios el sistema.

c) Dependencia económica.

Como antes se ha indicado al hablar de la situación de necesidad la introducción de un criterio de dependencia económica al estilo del que se ha introducido para las parejas de hecho no se entiende correcto puesto que no es propio de una prestación contributiva y es un factor muy complejo y controvertido en su determinación³¹³, aunque no extrañaría

³¹³ En tal sentido y en torno a la pensión de viudedad de las parejas de hecho la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo ha requerido al Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y al Congreso de los Diputados una explicación sobre el trato a las mismas, en razón a los límites de ingresos

que hubiera alguna exigencia en torno a ello y que limitara el acceso a la protección por esta vía.

d) Duración previa del matrimonio o unión de hecho.

No es un requisito novedoso, ya lo contemplaba el Mutualismo Laboral (art. 82 del Reglamento) y también el SOVI (art. 3 del D-ley 2 de septiembre de 1955). Como se recordará este condicionante fue reintroducido para el caso de muerte imputable a enfermedad común previa al matrimonio, con la reforma de la Ley 40/2007. Todo ello con un propósito claro, evitar matrimonios de última hora, en definitiva, uniones de favor constituidas con el único propósito de facilitar el acceso a una pensión, en un claro fraude de ley. Los únicos problemas que ha planteado hasta ahora han sido los relativos a la acreditación de la convivencia de hecho previa apta para sumar a la duración del matrimonio³¹⁴. Podría introducirse con carácter general una duración mínima del matrimonio o pareja de hecho cuando la muerte procediera de enfermedad común. En caso de que no se alcance este condicionante se podría acceder a la prestación temporal de viudedad.

e) La acreditación del estatus de viudo o pareja de hecho.

Aquí nos surgen varios problemas que hasta la fecha no se han afrontado pero que tendrán que ser contemplados:

- *Las situaciones derivadas de poligamia.* El tema es complejo puesto que se parte de un ilícito penal al que se le reconoce trascendencia prestacional y no debería de ser así. Si el problema está en los dos convenios internacionales de Seguridad Social suscritos por España con Marruecos y Túnez, habría que repensar su futuro.
- *Parejas de hecho y el diferente tratamiento de las parejas de hecho en el acceso a la pensión de viudedad.* No se entiende, salvo que este sea el paso inicial para igualar los matrimonios a ellas y en consecuencia la conversión de la pensión de viudedad en una prestación no contributiva. Bueno, no se piense mal, entendamos que el legislador simplemente mira con recelo a las parejas de hecho, pero entonces él es el responsable de establecer una legislación única, clara y segura acerca de cuál sea su régimen jurídico. El problema mayor es no haber querido regular con carácter general este tipo de uniones y dejarlo “*en manos*” de Comunidades Autónomas, Ayuntamientos, etc., lo que lleva a un problema grave en orden a cómo entender acreditado su formalización, la acreditación de la convivencia, la posibilidad de uniones de hecho pese a que alguno de los miembros de la pareja tenga un vínculo matrimonial vivo, etc.

f) Los beneficiarios procedentes de crisis matrimoniales.

La situación actual de exigencia de pensión compensatoria (o indemnización para los supuestos de nulidad) y que se extinga no tiene en cuenta una cosa, dicha pensión no se

exigidos (<https://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-eurocamara-preguntara-trabajo-negar-pension-viudas-cobran-mas-salario-maridos-20191112182627.html>). Consultado en 9 diciembre de 2019.

³¹⁴ Véanse ss. TS 14 y 24 de junio de 2010 (RJ 2646 y 3613).

establece por una dependencia económica respecto del causante, sino que lo que pretende es evitar que se produzca “*un desequilibrio económico en relación con la posición del otro*” (art. 97. Código Civil). Téngase en cuenta que esa pensión siempre es revisable y que puede ser también temporal (porque el equilibrio se pueda restablecer en un tiempo), de aquí que exigir sin más el percibo de una pensión compensatoria civil no puede decirse que sea acreditativa de la situación de dependencia, al menos como parece ser que se quiere y en este momento habría que volver los ojos hacia el superviviente de una pareja de hecho, claramente discriminado por un ex cónyuge con pensión compensatoria.

D) Las prestaciones.

Varias cuestiones se suelen plantear sobre las mismas, en especial sobre la pensión de viudedad:

- Sobre la pensión de viudedad. Una nueva fórmula de determinación de la base reguladora similar a la introducida por la reforma de 2007 para las pensiones de incapacidad permanente por enfermedad común. De llegar a ello las cuestiones expuestas dejarán de tener virtualidad, ahora bien, el resultado final no es otro que una pensión de cuantía inferior.
- La prestación temporal de viudedad introducida (más bien recuperada) en 2007, parece llamada a un nuevo protagonismo, para el caso de que introduciendo nuevos requisitos de acceso a la pensión estos no se cumplan, en cuyo caso se podría acceder a una prestación temporal.
- Nuevo marco de compatibilidades e incompatibilidades. Es una de las cuestiones más polémicas y sobre las que siempre giran propuestas tendentes a reducir las posibilidades de su compatibilidad, Curiosamente nadie, al menos no se conozca, defiende el actual sistema de compatibilidades e incompatibilidades de la prestación. Pero lo que más sorprende son algunas iniciativas legislativas favorecedoras de la compatibilidad de la pensión de viudedad con otras prestaciones públicas, es el caso de la Ley 9/2005, sobre las pensiones SOVI (quizás por su escasa relevancia cuantitativa) y la Ley 4/2005, sobre las ayudas de las Comunidades Autónomas a personas que disfrutaran de pensiones públicas (en este caso por presiones políticas). Ahora bien, si se apuesta por una incompatibilidad general de la pensión, por ejemplo, con rentas de trabajo, habrá que prever una reforma de la cuantía de la pensión de viudedad, téngase en cuenta que el importe medio de la pensión no alcanza el SMI. Si no fuera así se le pondrá al beneficiario en la tesitura de aceptar una pensión de cuantía, normalmente muy reducida, o trabajar. Si es cierto, como se puede en las estadísticas –antes analizadas–, que el núcleo más importante de personas con pensión de viudedad son mujeres ¿*no resultaría una medida restrictiva para ellas?* Realmente la solución no es fácil, pero la incompatibilidad sin más no es realista.



Recibido: 12.12.2019. Aceptado: 14.12.2019

**El régimen jurídico del personal de cruceros no afecto a la navegación:
el nuevo concepto de marino a partir del CTM2006**

**The legal system applied to cruise crew
not engaged with maritime navigation:
the new concept of sailor in the Maritime Labour Convention 2006**

Francisca Bernal Santamaría

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Cádiz

francisca.bernal@uca.es

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6744-3290>

RESUMEN

La industria de cruceros es una muestra más de la globalización inherente al sector marítimo y de un proceso de agigantamiento deseado por las principales navieras del mundo. En esta ocasión, se abordará el marco regulador de los trabajadores embarcados en los cruceros, prestando especial atención al personal que desempeña funciones no afectas a la navegación, es decir, desarrollando funciones no náuticas a bordo, como pueden ser camareros, artistas, personal de limpieza o de seguridad a bordo. En este sentido, se conocerá la labor realizada por la OIT a la hora de ofrecer un nuevo concepto de gente de mar o marino.

PALABRAS CLAVES: OIT, CTM2006, marino, cruceros, trabajo decente.

ABSTRACT

The cruise industry is another example of the globalization inherent in the maritime sector and of an enlarging process promoted by the main shipowner in the world. On this occasion, the regulatory framework of the workers boarding on the cruise ships will be focused, paying special attention to the crewmembers that perform functions that do not affect maritime navigation, that is, developing non-nautical duties on board, such as waiters, artists, personnel of cleaning or security on board. In this regard, the work done by the ILO in offering a new concept of seafarer will be known.

KEYWORDS: ILO, MLC2006, seafarer, cruise ship, decent work

SUMARIO

I. LA INDUSTRIA DE CRUCEROS: GLOBALIZACIÓN Y GIGANTISMO

II. LA REGULACIÓN DE LA INDUSTRIA DE CRUCEROS

A. LA APLICABILIDAD DEL CONVENIO DEL TRABAJO MARÍTIMO EN LA INDUSTRIA DE CRUCEROS

B. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ACTIVIDAD NO NÁUTICA EN LOS CRUCEROS ¿INCLUSIÓN EN EL CTM2006?

C. LA ORGANIZACIÓN JERÁRQUICA EN LOS CRUCEROS

III. CONCLUSIONES

I. LA INDUSTRIA DE CRUCEROS: GLOBALIZACIÓN Y GIGANTISMO

El turismo de cruceros es un fenómeno presente en el marco internacional con destinos que despiertan el interés de los turistas y con un modelo de negocio en plena expansión y progreso. Son numerosos los estudios que destacan sus estrategias de marketing y comunicación, el gigantismo de los barcos y la adaptación de un mercado que nació para atender los deseos de la élite de la sociedad para ser hoy un turismo de masas. En el año 2019 se ha advertido que demanda global del sector alcanza los 30 millones de cruceristas con previsiones de crecimiento y de nuevas inversiones para fletar nuevos barcos y ampliar las flotas de las grandes navieras del mundo. No se trata solo ya de un turismo estacional, sino que las compañías diseñan nuevas estrategias para impulsar el turismo en el mercado invernal. Tal es la expansión de este modelo de negocio, que ya en el año 1975 se creó la *Cruise Lines International Association* para fomentar la industria de crucero a nivel internacional con un alcance global en diversas regiones del mundo. Esta asociación representa los intereses de la comunidad de la industria de cruceros con una cobertura del 95% de su capacidad. No puede escapar al lector que se trata de una red de agencias de viajes a nivel mundial generadora de empleo y con un impacto económico a nivel mundial. El último informe anual de esta asociación destaca que la industria de crucero creó más de 1.108,676 millones de puestos de trabajo, pagó en sueldos más de 45.6 billones de dólares y con un impacto económico de más de 134 billones con los 28.5 millones de cruceristas que acudieron a las 3.309 agencias de viajes instaladas en las siete regiones del mundo: Australia, Europa, Asia, Brasil, Irlanda y Reino Unido, Canadá y Norte América¹.

En un inciso, y exponiendo los datos encontrados sobre el impacto de cruceros en España, se ha estimado que un 11% del turismo proceden de la industria del crucero ingresando en el año 2017 un total de 1.255 millones de euros, siendo un 0.º del PIB nacional². No cabe duda de la intensidad del impacto de esta industria sobre las ciudades portuarias y alrededores.

Se podría identificar un impacto económico con los consiguientes beneficios para el puerto: gastos del armador en la consignataria por la estancia del buque en puerto, los gastos de los cruceristas y de la gente de mar cuando visitan la ciudad con un aumento del consumo y la consiguiente necesidad de mano de obra para cubrir esta demanda o la inversión pública para mejorar las infraestructuras portuarias. Otros impactos están relacionados con la relación Puerto-Ciudad en aspectos que atañen a la propia ciudadanía local, esto es, la concentración de los cruceristas en los destinos visitados y la consiguiente congestión de estos espacios, a por menor de la propia ocupación portuaria y de los residuos y la contaminación del buque atracado en puerto durante el tiempo de su visita.

En otro orden de cosas, la globalización marítima tiene su reflejo en la industria de cruceros, tanto en la concentración de la flota en pocas y concretas compañías, como en el diseño de la plantilla que dibuja una foto fija de esta industria. Entrando en la segunda

¹ <https://cruising.org/news-and-research/research/2018/december/2019-state-of-the-industry> (último acceso: 7 de diciembre de 2019). El informe destaca que el crecimiento en el número de pasajeros en la última década ha crecido más de 12 puntos. Desde los 17.8 millones en el año 2009 a los 30 millones que tiene previsto crecer en el año 2019.

² <https://www.pactomundial.org/2019/10/el-turismo-de-cruceros-y-su-impacto-en-los-destinos/> (último acceso: 7 de diciembre de 2019).

década del siglo XXI, la industria de cruceros forma parte de los hechos consumados de la Globalización política: desarrollo de un comercio internacional entre los principales ejes y grandes puertos alrededor del Mundo, una flota mundial de buques concentrada en pocas compañías, donde los registros abiertos o internacionales son los habituales. Desde luego, al igual que pasa con los buques contenedores y de transportes de mercancías, los armadores recurren a las banderas de conveniencia para reducir sus costes optimizando lo máximo posible los niveles de dotación y las obligaciones contractuales, sobre todo aquellas obligaciones que suponen excesivo cargo económico como son los costes de personal.

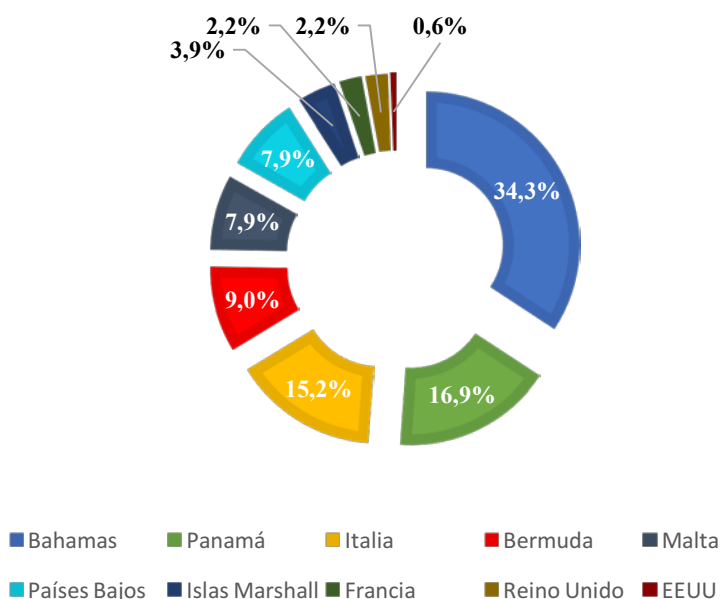
Como en otros sectores de la actividad marítima, la industria de cruceros es sensible los periodos recesivos de la economía y a las condiciones de explotación de los buques junto con las exigencias en su explotación.

En efecto, a nivel mundial, se identifican solo cinco grandes compañías que lideran el mercado de la industria de cruceros capitalizando cerca del 90 % de la industria a escala global. Además, se puede exponer junto a ello, que la concentración de esta riqueza está en muy pocas manos. La norte americana Carnival Cruise Line es la primera compañía del mundo con una flota de cruceros del mundo matriculada en países como Panamá o Bahamas.

Además, cuenta con compañías filiales de reconocido prestigio como Costa Cruceros o Sunshine Shipping Corporation. Le sigue la noruega Royal Caribbean Cruises LTF con sede en Miami y con una flota matriculada en Bahamas. Sus filiales son Pullmantur Cruises, CDF Croisières de France, MÁS. Otras compañías con una intensa presencia en el sector son la estadounidense-bermudeño *Norwegian Cruise Line* con una flota matriculada casi en su totalidad en Bahamas, y la compañía Ítalo-suiza MSC Cruceros con una flota matriculada en Panamá³.

Estos cinco grandes grupos de compañías junto con sus filiales gestionan la mayoría de la flota a nivel mundial ocupando un segmento importante en la capitalización del sector. Como se ha evidenciado, las compañías eligen para matricular sus cruceros los registros abiertos, principalmente, destaca Bahamas (34.3%), y Panamá (16.9%), seguidas de otras banderas de conveniencia como son Bermuda (9%), Malta (7,9%) e Islas Marshall (2.2%), convergiendo entre todos ellos el 72% de la flota mundial.

³ Los datos de los buques y de la flota se pueden consultar en: <http://www.equasis.org/EquasisWeb/restricted/Search?fs=Search> (último acceso: 7 de diciembre de 2019).



Distribución de la flota objeto de estudio por pabellón de abanderamiento

Fuente: Arranz, A.; Piniella, F. y Cerbán, M. M.: "Initial Approach to Safety on Cruises Ships: Structure of the Sector", *The International Journal of Marine Navigation and Safety of sea Transportation*, Volume 12, Number 4, December, 2018.

Pues bien, el crucero no deja de ser un tipo de buque caracterizado por su inherente movilidad e ideado para navegar por las aguas jurisdiccionales de muy diversos Estados. Con esta idea, se ha expresado que ello ha dificultado la aplicación de las normas laborales y sociales; a la par, que ha sido el punto de confluencia de diversas leyes⁴.

Se une otro hecho compartido en la industria marítima, cual es el protagonismo que asumen los sujetos que interactúan en ella. El factor empresarial teje un entramado de sociedades y de empresarios de diferentes nacionalidades con vinculaciones, a veces ficticias, que dificultan conocer quién será el sujeto responsable de las obligaciones que nacen ante el negocio marítimo. *A priori*, en este escenario concurren diversas legislaciones nacionales aplicables, con las complicaciones que de ello resulta en el Derecho internacional.

Desde luego, a pesar de lo que se pueda mantener por otras disciplinas, lo cierto es que el buque en modo alguno es una extensión del territorio donde se matricula, pero, sin embargo, es interesante atender a un aspecto singular de esta industria: que la bandera de la nación que enarbole el buque tendrá su trascendencia en las relaciones laborales marítimas.

A tenor de esta singularidad, se puede determinar que la industria marítima se caracteriza por su extraterritorialidad al aplicarse, de forma tradicional, la conocida como ley de bandera. De este modo el registro del buque es un acto administrativo que determina su nacionalidad, y desde posturas tradicionales, ha sido el criterio para fijar la jurisdicción

⁴ En mayor profundidad, léase Carril Vázquez, X. M.: "Aspectos laborales y de seguridad social de los pabellones de conveniencia". *Revista española de Derecho del Trabajo*, 108/2001, BIB/2001/1741. Sobre la dispersión de las normas relacionadas con esta prestación laboral léase Sánchez -Rodas Navarro, C.: "El Convenio sobre el Trabajo Marítimo y el Derecho social comunitario", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 82, 2009, pp. 45-64.

del Estado que lo abandera y para erigir la ley aplicable a las relaciones jurídicas que acaecen a bordo del buque⁵.

Así, y en un principio, se da la singularidad de que los trabajadores del mar son sujetos protegidos por el ordenamiento jurídico del Estado que da la nacionalidad al buque. Ahora bien, el problema se plantea cuando el Estado que otorga la nacionalidad al buque, carece de un mínimo de protección legal, estando muy alejados del prisma protector característico del sistema occidental. Consiguientemente, este tipo de registros plantean una serie de problemas cuando se mantiene como criterio aplicable la ley de bandera en un contexto de globalización económica⁶.

En la industria marítima en general, pero en la industria de cruceros en particular, se hace imperioso articular la formulación de un marco internacional que sea trasladado al fuero interno de los Estados. Este marco regulador debe quedar garantizado en su aplicación práctica con un control público por parte de los inspectores de puerto y con un control privado de otras organizaciones, como la *International Transport Federation* (ITF) en lo que atañe de forma específica a las condiciones de trabajo y de vida del personal que presta servicios en este tipo de embarcaciones.

II. LA REGULACIÓN DE LA INDUSTRIA DE CRUCEROS

Desde la Organización Internacional Marítima (OMI) se ha ido adoptando un conjunto de medidas que incluyen reglas de seguridad y prescripciones para la prevención de la contaminación que provoca los cruceros. En este punto, y de forma concreta en lo que afecta a la regulación de la seguridad marítima, los buques de crucero tienen que cumplir con las reglas de los Convenios Internacionales de Derecho Marítimo.

Bien, obra apuntar que la creación del Derecho marítimo mediante convenios internacionales está encomendada en pocas instituciones, entre las que tiene un protagonismo indiscutible la OMI en cuanto impulsora de convenios marítimos de Derecho público y de Derecho privado y en cuanto a promotora del establecimiento de una administración marítima eficaz y competente⁷.

Los tres Convenios esenciales de la OMI son el SOLAS, el MARPOL y el STCW78. Cada uno de ellos hace un énfasis especial en los diferentes aspectos que conforman la seguridad: el buque, el entorno marino y el factor humano⁸. Estos tres convenios

⁵ Esta singularidad de la industria marítima proviene del acto de registro en sí. El registro es un acto administrativo por el que un buque adquiere la nacionalidad del Estado donde el armador lo matricula. Así, el buque forma parte del Estado y se aplica a los trabajadores la legislación laboral y de seguridad social de su nacionalidad. Así, lo prevé el artículo 91 de la Convención de las Naciones Unidas del Derecho en el Mar de 1982 (CNUDM) y el propio Código Civil Español en su artículo 10.2.

⁶ Sobre los problemas que plantea Bernal Santamaría, F.: Hacia la búsqueda de un criterio para determinar la ley aplicable al trabajo marítimo: la responsabilidad del armador ante el Reglamento 883/2004. En *E Revista Internacional de la Protección Social*, N° 1, 2016. Consulta en <https://institucional.us.es/revistapsocial/index.php/erips/article/view/8>.

⁷ Vid. Gabaldón García, J. L., *Curso de Derecho Marítimo Internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 56-60. La doctrina mercantilista ha venido a trabajar la regulación de los buques de cruceros, entre ellos es destacable Pulido Begines, J. L.: *Cruiseships contracts: transport or package tour?*, *Temas de Derecho dos Esportes* III, pp. 63-83, y en "Diritto dei Trasporti", anno XXVI, 2, Edizioni AV. 2013.

⁸ La reglamentación ordenada por la OMI se escenifica en el Convenio SOLAS (Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar), adoptado en 1974 y en vigor el 25 de mayo de 1980;

conforman los tres pilares fundamentales de la reglamentación marítima internacional formulada por la OMI.

La aplicación por parte de los Estados de esta normativa es extremada y detallada, y desde instancias internacionales (y comunitarias) se vela por su estricto cumplimiento, puesto que se convierte en una máxima aquello de que la exigencia de su cumplimiento no puede quedar al arbitrio de la acción unilateral.

En esta regulación “triangular” los buques de crucero tienen que prestar especial atención a la contaminación de las aguas y a la contaminación atmosféricas tratando de reducir con la aplicación de las nuevas tecnologías las emisiones de CO₂, la eliminación de los residuos y el tratamiento de las aguas en aplicación del Anexo V del MARPOL que prohíbe tirar al mar cualquier tipo de residuo sólido salvo los restos de comida.

Este objetivo de la OMI es compartido por la propia CLIA que ha anunciado el propósito de la industria del transporte marítimo de reducir las emisiones del 40 % para el 2030 hasta convertirse en una industria decarbonizada para finales del siglo, en línea con los Objetivos de Desarrollo Sostenible definidos en la Agenda 2030.

Se ha señalado que tanto los gobiernos, como las administraciones públicas recogen una serie de normativa y de políticas para obligar a los cruceros a adaptarse para garantizar la sostenibilidad de sus actividades en tierra, de la sociedad, del sector en la economía y del territorio en el que opera⁹. Lo cierto es el debate sobre los efectos de la industria en la degradación del aire, de la atmósfera y de los mares está en el centro del debate en foros académicos y profesionales, y ocupa páginas en la prensa y en informes de distintas asesorías con resultados del todo contradictorios sobre el grado de afectación de los destinos visitados por estos cruceros.

En cuanto a la formación, cabe apreciar que las singularidades de la prestación laboral precisan unas exigencias formativas que se adquiere cursando la titulación profesional o universitaria de la marina mercante. Sin embargo, y habida cuenta que en un crucero desempeñan servicios no solo trabajadores titulados en profesiones náuticas, sino también personal de fonda, como quienes prestan servicios de atención a la dotación y pasajeros, es necesario exigirles una mínima formación principalmente, aunque no solo, para garantizar la seguridad a bordo.

Siendo así, la OMI se ha guiado de la máxima del factor humano como principal desencadenante de accidentes marítimos, y es por ello que ha velado por instrumentos para formar y adiestrar a los trabajadores de tal modo que adquieran las competencias y las calificaciones precisas y subsumidas a tal fin. No cabe duda de que lo determinante que es la formación para garantizar una navegación segura y unos mares limpios. Además, la exigencia formativa actúa como límite para tutelar y salvaguardar los bienes jurídicos que han de ser protegidos, como son la vida y la seguridad de las personas a bordo.

MARPOL (Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques), adoptado en 1973 y protocolos de 1978 y 1997, entró en vigor el 2 de octubre de 1983; y el Convenio SCTW (Convenio internacional sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente de mar), aprobado en 1978, entró en vigor el 28 de abril de 1984 y revisado de forma sustancial en 1995 y 2010.)

⁹ Vid. <https://www.pactomundial.org/2019/10/el-turismo-de-cruceros-y-su-impacto-en-los-destinos/> (último acceso: 7 de diciembre de 2019).

En este marco, la OMI expone que la formación sobre gestión de emergencias tiene que ser realizada por los capitanes, por los jefes de máquinas, por los primeros oficiales de puente, por los primeros oficiales de máquinas y, en general, por toda persona designada en el cuadro de obligaciones que sean responsable de la seguridad de los pasajeros en situaciones de emergencia a bordo de estos buques.

Además de ello se tiene que advertir una concreción con respecto a la formación, y es que la formación contenida en el SCTW 78 es aplicada tanto al personal marino del crucero, como también al resto de la gente de mar sobre seguridad de los pasajeros, seguridad de la carga e integridad del casco tiene que ser realizada por aquel personal que sea responsable directo del embarco y desembarco de pasajeros, de las operaciones de carga, descarga o sujeción de la misma, o de cerrar las aberturas del casco a bordo de estos buques¹⁰.

Por último, es evidente que el fenómeno de gigantismo global ha llegado a la industria de cruceros en búsqueda de la mayor rentabilidad para aumentar la oferta y optimizar los gastos de explotación. Ante este deseo, algunas navieras, desatendiendo los consejos de construir buques más pequeños, han incorporado a su flota auténticas ciudades flotantes con capacidad para transportar hasta a seis miles personas (entre trabajadores y cruceristas).

La preocupación de la OMI por la construcción de estos “gigantes marinos” desató en su momento la promulgación de enmiendas al Convenio SOLAS para reducir y evitar las posibilidades de sucesos y de accidentes¹¹.

Pues bien, hasta aquí se ha realizado una mención mínima sobre la regulación en seguridad marítima y medioambiental aplicable a los buques de cruceros. Sin duda, es de un factor que suscitó y sigue suscitando la preocupación de las instituciones marítimas internacionales. En esta labor y en esta preocupación, hay que denotar el alto valor patrimonial del buque, así como las importantes pérdidas materiales, medioambientales y humanas que comporta cualquier tipo de accidente o de siniestro marítimo que ha ocurrido en las aguas de los Estados con las innumerables consecuencias que ello ha tenido en diferentes órdenes.

A. LA APLICABILIDAD DEL CONVENIO DEL TRABAJO MARÍTIMO EN LA INDUSTRIA DE CRUCEROS

Se ha advertido que la industria de cruceros está sometida a una estricta y sólida regulación para atender de los requisitos específicos recogidos por la OMI. En esta línea, la misma CLIA señala que la primera prioridad de la industria es la seguridad de los trabajadores a bordo y de los pasajeros a bordo en el transcurso de las travesías¹². Y es que no puede pasar por alto, que los cruceros están sometidos a las inspecciones regulares

¹⁰ Información en <http://www.imo.org/es/MediaCentre/HotTopics/passengership/Paginas/Default.aspx> (último acceso: 7 de diciembre de 2019).

¹¹ Los buques que operan en este sector están sometidos a una regulación estricta con una diversidad de normas que alcanza a todos los aspectos de la construcción y de la explotación del buque. Vid. The IMO passenger ship safety initiative <http://www.imo.org/en/OurWork/Safety/Regulations/Documents/Article-Seaways%20Magazine.pdf> (último acceso: 8 de diciembre de 2019).

¹² Esta declaración por parte de la Asociación Internacional en <https://cruising.org/about-the-industry/policy-priorities/Cruise%20Industry%20Regulation> (último acceso: 7 de diciembre de 2019).

del propio Estado que lo abandera, y también a los controles que procedan en los puertos en los que haga escala por parte de las Autoridades del Estado Rector del Puerto.

Así las cosas, a los cruceros se les aplica con total regularidad los tres Convenios Internacionales de la OMI que ya hemos mencionado (MARPOL, STCW 78 y SOLAS). Se ha de saber que EEUU siendo un lugar de tránsito y de recalada de cruceros (por ejemplo, desde Miami) tiene implantadas agencias como la Guardia Costera de los Estados Unidos o la Agencia de Protección Ambiental (entre otras) que se encargan de emitir normativa específica para el control de los puertos, la seguridad de la navegación y de vigilancia marítima y protección del medio marino en todos sus aspectos y de todos los buques que recalcan en sus puertos. Junto a ello, también les son aplicables la norma que emana de la Organización Mundial de la Salud y más concretamente de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Y ello, muy a pesar que los temas laborales han estado relegados a un segundo plano de la agenda internacional, tal y como se expondrá, *infra*.

Como se ha descrito, la OMI de forma específica ha velado por el cumplimiento de los deberes medioambientales, propulsada por desgraciados accidentes marítimos acaecidos en sus aguas y por los intereses económicos que subyace detrás de esta industria. Con este planteamiento de futuro se dibujó una agenda para eliminar de la navegación los buques subestándares y conseguir que de forma general todos cumplieran las normas mínimas sobre seguridad marítima. Este objetivo era prioritario en un escenario de globalización al que acompaña la desregulación tan inherente a esta industria, y que ha llegado a alcanzar niveles alarmantes¹³.

Como es natural no cabe criticar esta inquietud, ni siquiera, aunque esta reacción oculte tras tres alarmas: el temor de los gobiernos al rechazo social que estos sucesos levanta en la opinión pública, el impacto medioambiental para los Estados ribereños, y el golpe económico para las empresas marítimas.

No obstante, sí se reclama mayor protagonismo de los temas laborales, al menos en la misma medida que despierta aquél (el medioambiental), y que sirva para reconstruir un pilar social de los derechos laborales en el mar. En relación a esta petición, es justo anotar que la preocupación por la seguridad marítima y el medio ambiente ha construido un avance en la regulación y control de las cuestiones laborales, al evidenciarse la incidencia del factor humano en los accidentes marítimos, de velar por unas condiciones de trabajo dignas para evitarlos¹⁴. En concreto, para lograr el propósito de prevenir los riesgos medioambientales y eliminar los buques subestándares se fueron adoptando acuerdos

¹³ Chaumette, P., “Le contrôle des navires par les Étatsriverains”, *Les Cahiers Scientifiques du Transport*, núm. 35, 1999, págs. 55-72; “Les transformationsausein de la marine marchande - Une relation de travail sans attaches?”, *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, T. XIX, 2001, págs. 53-93; “Une économie maritime mondialisée: à quel prix?”, Regards, Dossier Océans: la nouvelle frontière, 2011, pp. 201 y ss.

¹⁴ Vid. Fotinopoulou Basurko, O., “La incidencia de la evolución normativa sobre seguridad marítima internacional en la protección de los derechos sociales de la gente de mar”, en AA.VV. *La Seguridad Marítima y los derechos sociales de la gente de mar*, Gomylex, Bilbao, 2014, pág. 23; Chaumette, P., “Le droit du travail des gens de mer en chantier – Déconstruction/Reconstruction”, Convegno “Il lavoro marittimo in Europa, Università di Genova”, Facoltà di Giurisprudenza, Cattedra di Diritto del Lavoro, 24 mai 2004. Acceso en: http://www.obs-droitsmarins.fr/_bibli/articlesPage/402/docs/droit_travail_gm_chantier_pc.pdf; Bogoulla, C. y Gillotreau, P., “Shortage and labour productivity on the global seafaring market”, en AA. VV. (coord. Chaumette, P.) *Seafarers: an international labour market in perspective*, Gomylex, Bilbao, 2016, pág. 40.

administrativos de carácter regional, para velar y mantener un control sobre las condiciones a bordo de aquellos buques que recalcan en el Estado rector del Puerto (siendo pionero el modelo del MoU de París de 1982)¹⁵.

Bajo el impulso de la OMI, se firmaron otros acuerdos regionales hasta contar con una red mundial de inspección y administraciones marítimas que se proyecta en todas las zonas y océanos del mundo, aunque de momento se está muy lejos de un acuerdo internacional colaborativo¹⁶.

Con estos acuerdos, las administraciones marítimas de puertos tratan de controlar los buques extranjeros que los visitasen, y así detener o prohibir la entrada a aquellos que incumpliesen con las disposiciones internacionales, exigiéndoles los mismos requisitos que a los nacionales. La actuación desarrollada abarca la inspección de buques extranjeros en puertos nacionales, dándoles el derecho de verificar que sus condiciones, su equipo y su dotación cumplen con los requisitos internacionales, de acuerdo al cumplimiento de unos estándares que vienen indicados fundamentalmente por los Convenios internacionales de OMI.

Así las cosas, se extiende la aplicación y el control de unos estándares laborales mínimos con la instauración de un sistema de certificación internacional, y se visualiza el último eslabón del proceso de jurisdicción compartida en el que Estado de puerto no solo tenga que vigilar los aspectos técnicos del buque, sino también velar por las condiciones socio laborales de los trabajadores a bordo. En esta línea, la solución proclamada es la configuración de redes internacionales de administraciones marítimas en Estado rector del puerto que impongan, coaccionen (y multen) a los Estados por los incumplimientos

¹⁵ Los acuerdos regionales entre administraciones marítimas para la coordinación de las inspecciones del Estado rector del puerto se han adoptado a través de la forma de un memorándum de entendimiento. El primero de ellos fue llevado a cabo en 1978, conocido como Memorándum de La Haya, con el objetivo fundamental de supervisar el cumplimiento de las disposiciones del Convenio nº 147 de la OIT referente a las condiciones de vida y trabajo a bordo. Debido al accidente en 1978 del buque “Amoco Cádiz” en las costas de Bretaña, se decidió ampliar su ámbito a otros convenios de la OMI, lo que se llevó a cabo en París en 1982. En la actualidad, los países partes del MoU de París son Bélgica, Bulgaria, Canadá, Croacia, Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Malta, los Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, la Federación de Rusia, Eslovenia, España, Suecia y el Reino Unido. El origen de los acuerdos regionales se sustenta en el deseo de los Estados firmantes de “institucionalizar” su derecho a controlar que los buques extranjeros que entran en sus puertos cumplan la normativa internacional con el objetivo de bloquear y protegerse de los buques subestándares, con los consiguientes peligros y riesgos para la seguridad marítima y la contaminación de éstos.

¹⁶ MoU Viña del Mar (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Cuba, Ecuador, Honduras, México, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela); MoU Tokio (Australia, Canadá, Chile, China, Fidji, Hong Kong, Indonesia, Japón, República de Corea, Malasia, Nueva Zelanda, Papúa Nueva Guinea, Filipinas, Federación Rusa, Singapur, Tailandia, Vanuatu y Vietnam); MoU caribeño (Antigua y Barbuda, Barbados, Dominica, Granada, Guayana, Jamaica, Antillas Holandesas, Surinam y Trinidad y Tobago); MoU Mediterráneo (Argelia, Chipre, Egipto, Israel, Jordania, Líbano, Marruecos, Túnez y Turquía); MoU Océano Índico (Australia, Bangladesh, Yibuti, Eritrea, Francia (Isla Reunión), India, Irán, Kenia, Maldivas, República de Mauricio, Mozambique, Myanmar, Omán, Seychelles, Sudáfrica, Sri Lanka, Sudán, Tanzania y Yemen); MoU Abuja (Angola, Benín, Camerún, Cabo Verde, Congo, Costa de Marfil, Gabón, Ghana, Guinea, Guinea Ecuatorial, Liberia, Mauritania, Namibia, Nigeria, Senegal, Sierra Leona, Sudáfrica, Santo Tomé y Príncipe, República Democrática del Congo, Guinea Bissau, Gambia y Togo); MoU Mar Negro (Bulgaria, Georgia, Rumanía, Federación Rusa, Turquía y Ucrania); y MoU Riad (Bahréin, Kuwait, Omán, Qatar, Arabia Saudí y Emiratos árabes Unidos). Sobre este aspecto puede consultarse la comparativa realizada por Piniella, F.; Alcaide, J. I. y Rodríguez, E., “A Comparative Analysis of Vessels Detained under the PSC Agreements of Paris, Tokyo and Viña del Mar”, *Journal of Shipping and Ocean Engineering*, núm. 4, 2014, págs. 291-306.

de la norma internacional. Con ello es prioritario la existencia de redes de administraciones marítimas que a través de la cooperación y de la creación de sinergias provean de medidas destinadas a combatir la irregularidad de los registros incumplidores¹⁷.

El panorama descrito es plenamente extrapolable a la industria de cruceros, y es como se ha descrito la realidad de la navegación demuestra que los buques realizan viajes internacionales y que están matriculados en países (en los que pueden no hacer siquiera escala). Por tanto, se hace imprescindible para garantizar el cumplimiento continuo de las disposiciones internacionales un modelo de cooperación entre los países marítimos que son visitados por estos cruceros.

Por tanto, es destacable que el Estado rector del Puerto pueda efectuar inspecciones de los cruceros cuando recalen en los puertos extranjeros con respecto a las materias técnicas y de seguridad marítima, pero también, de forma concreta para las materias sociales. En este orden, es plenamente aplicable el Convenio del Trabajo Marítimo 2006 (CTM2006) promulgado en el seno de la OIT.

El protagonismo de la OIT en la ordenación de las cuestiones laborales en el sector marítimo es absoluto, pues como es sabido desde su creación en el año 1919 se preocupó por promulgar unas condiciones decentes para este sector de actividad¹⁸. Muy a su pesar, lo cierto es que las cuestiones laborales y sociales han estado relegadas en un segundo plano para la industria marítima, tal y como se expuso *supra*. No obstante, y aunque siga estando vigente esta aseveración, no cabe duda que asistimos a un nuevo panorama desde la ordenación y entrada en vigor del CTM2006.

En primer orden, es acertado exponer que el CTM2006 conforma el cuarto pilar fundamental de la reglamentación marítima internacional completando los tres pilares regulatorios erigidos por la OMI, que anotamos *supra*. Como ocurre con esta ordenación, la pretensión del CTM2006 es disponer de una serie de normas extensas y de alcance global para conformar y completar los aspectos que contiene la regulación internacional de la OMI. En segundo orden, el CTM2006 actualiza y refunde en un único instrumento las normas internacionales de Trabajo que desde el año 1919 venía dictando la propia OIT. Del modo expuesto, consolida con nuevo formato más novedoso y actualizado, la totalidad de la norma promulgada por la OIT en relación al trabajo marítimo¹⁹.

¹⁷ Ante este problema algunos autores apuntan al Estado rector del puerto como el verdadero protagonista de la implementación del CTM2006. Vid. Fotinopoulou Basukro, O., “El derecho laboral marítimo: ¿paradigma del futuro de las relaciones laborales terrestres en la era de la globalización económica”, *Revista de Derecho Social*, núm. 63, 2013, págs. 138 y ss; Piniella, F.; Silos, J. M. y Bernal, F., “Whowillgiveeffect to theILO’sMaritime Labour Convention, 2006?”, *International Labour Review*, Vol. 152, n. 1, 2013.

¹⁸ Un año después de la creación de la OIT, en la primera sesión marítima en Génova, la OIT adopta los primeros Convenios y Resoluciones sobre el trabajo marítimo. Hasta la promulgación del CTM2006, la OIT había formulado más de un centenar de instrumentos marítimos. Muchos de ellos han sido incorporados y actualizados en el cuerpo del CTM2006. En la actualidad, y siendo el primer centenario de la OIT, se ha marcado el objetivo de lograr las 100 ratificaciones del mismo. Ya ha sido ratificado por 95 Estados que representan el 91 % de la flota mercante mundial.

¹⁹ Se advierte que, por diversas razones, el CTM2006 no ha refundido ni el Convenio sobre los documentos de identidad de la gente de mar (revisado), 2003 (núm. 185), ni el Convenio núm. 108, de 1958, revisado por el Convenio núm. 185; tampoco se han refundido, el Convenio sobre las pensiones de la gente de mar, 1946 (núm. 71), ni el Convenio sobre la edad mínima (pañoleros y fogoneros), 1921 (núm. 15).

Desde la OIT se ha señalado a partir del 20 de agosto de 2013, fecha en la que entró en vigor, la industria marítima navega bajo el paraguas protector de esta nueva norma internacional que abarca a los trabajadores que desarrollan su actividad en cruceros. Desde esa fecha es pues vinculante para los países ratificantes que deberán exigir que sus buques naveguen bajo las condiciones que estipula el Convenio²⁰. Entre otras, les será requerido a bordo dos documentos específicos, que son el Certificado de Trabajo Marítimo y la Declaración de Conformidad Laboral Marítima siendo una prueba *prima facie* que el buque cumple la norma vigente en lo que respecta a las condiciones socio laborales de los trabajadores embarcados a bordo.

En este aspecto, es de obligado apuntar siquiera brevemente que el Convenio recoge una serie de derechos para que los trabajadores del mar disfruten de unas condiciones de trabajo decentes y es una pieza fundamental para crear condiciones de competencia leal entre las empresas del sector.

De este modo, el CTM2006 se concibe por la OIT como una Carta de Derechos para la gente de mar que trata de garantizar una amplia protección a nivel mundial. A la par, de establecer unas condiciones equitativas para los otros actores implicados en la industria (Estados y empresas) de modo que apuesten por formular y ejecutar condiciones de trabajo y de vida decentes como un instrumento de combate frente a la competencia desleal por parte de los buques incumplidores²¹.

Con respecto a las condiciones de trabajo y de vida a bordo se dividen en cuatro Títulos (el Título 5 versa sobre el cumplimiento y control de la aplicación del Convenio).

El Título 1 contiene los requisitos mínimos para trabajar a bordo, como son la edad mínima, el certificado médico, la formación y calificaciones, y la contratación y colocación.

El Título 2 recoge las condiciones de empleo de la gente de mar tratando los Acuerdos de Empleo, los salarios, las horas de trabajo y de descanso, el derecho a las vacaciones, la repatriación, la indemnización en caso de pérdida del buque o de naufragio, los niveles de dotación, la progresión profesional y desarrollo de las aptitudes y oportunidades de empleo.

El Título 3 trata sobre el alojamiento, las instalaciones de esparcimiento, la alimentación y el servicio de fonda.

²⁰ En aplicación del derecho internacional en la OIT, el CTM2006 es vinculante desde esa fecha para los países con ratificación registrada de 20 agosto de 2012. Para el resto de países ha entrado en vigor o entrará en vigor en diferentes momentos en aplicación a la misma regla y atendiendo a la fecha en la que registraron su ratificación.

²¹ El CTM2006 se alinea con dos Objetivos de Desarrollo Sostenible, el núm. 8 sobre el trabajo decente y el crecimiento económico y sobre el uso sostenible de los océanos. Además, se incluye dentro del Programa sobre el Trabajo Decente de la OIT de 1999 en relación a la mejora de las condiciones laborales con la adopción de normas mínimas de trabajo universales. Con respecto al primer objetivo, ya se ha hecho referencia con el estudio de la OMI cuando se abordó la importancia del factor humano y de sus condiciones de trabajo en la prevención de los accidentes. Con respecto al segundo objetivo, se ha analizado por autores tan reputados como: Chaumette, P.: “El Convenio sobre el Trabajo marítimo, cuarto pilar del Derecho Internacional Marítimo”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 82, 2009, pp. 65-76.

Por último, el Título 4 establece las estipulaciones sobre la protección de la salud, la atención médica a bordo de buques y en tierra, el acceso a instalaciones de bienestar en tierra, la seguridad social, la protección social y prevención de la seguridad y salud y prevención de accidentes.

Como se puede apreciar, la amplitud y la generalidad de los temas tratados incluye aspectos importantes a bordo del buque como lo son: el descanso, los camarotes, iluminación, ventilación y calefacción, las instalaciones sanitarias, los comedores, la alimentación y servicio de comidas, los informes médicos a bordo, las reclamaciones contractuales, la exposición a riesgos laborales, la cobertura de la seguridad social, la utilización de los servicios privados de colocación y contratación, etc.

Siendo así las cosas, las disposiciones contenidas en los cuatro Títulos del Convenio podrán ser inspeccionadas, no solo por el Estado que otorga la nacionalidad al crucero (Estado de bandera), sino también y de forma específica por el Estado en el que haga escala el crucero (Estado rector del puerto) conforme a los patrones del Título 5. Como se ha mencionado, los cruceros tendrán que portar a bordo el Certificado de Trabajo Marítimo y la Declaración de Conformidad Laboral Marítima que quedarán sujetas a inspección cuando los buques entren en países ratificantes del CTM2006, y ello, aunque el crucero enarbole el pabellón de un país no ratificante del Convenio. Esta posibilidad es plausible en virtud del conocido como principio de trato no más favorable recogido en el propio Convenio²².

Con todo lo expuesto, bajo el paraguas del CTM2006, el personal a bordo tiene derecho a unas condiciones de vida y de trabajo decentes (protección social, protección de su seguridad y de su salud, acceso a cuidados médicos a conocer con exactitud las cláusulas de su contrato y de su recibo de salarios, los parámetros sobre la duración de la jornada laboral diferenciando los horarios de trabajo y de descanso, el descanso diario y entre jornada y jornada, entre otros términos que tendrán que estar estandarizados.

Tras lo expuesto queda claro que el CTM2006 es de aplicación en la industria de Cruceros. Desde luego, hay que concluir que en ningún momento y en modo alguno, el Convenio excluye de su campo de aplicación a este tipo de buques. En este punto, si acudimos a su artículo II. 4 se enuncia que el Convenio se aplica a todos los buques, ya sean de propiedad pública o privada, que se dediquen habitualmente a actividades comerciales, con excepción de los buques dedicados a la pesca u otras actividades similares y de las embarcaciones de construcción tradicional, como los dhows y los juncos. En efecto, este precepto se limita a excluir del Convenio a los buques de guerra y las unidades navales auxiliares. Se advierte con este anuncio que el Convenio se aplica a los buques independientemente del tipo de navegación, esto quiere decir que no tiene en cuenta que la navegación sea internacional o nacional, siempre que cumplan los requisitos esgrimidos por el propio Convenio. Se entiende que se deja a los Estados parte la delimitación específica para la concreción del ámbito de aplicación.

²² La cláusula de trato no más favorable se enuncia para garantizar unas condiciones equitativas para todos de tal manera que los buques matriculados en un pabellón ratificante del CTM2006 no se encuentren en una situación de desventaja competitiva con respecto a los buques de Estados no ratificantes. Es por tanto un instrumento que se alinea con uno de los objetivos del propio Convenio ya señalados *supra*, combatir la competencia desleal.

Como se ha puesto de manifiesto, el CTM2006 es aplicable a la industria de cruceros tratando de implementar en este sector una respuesta global que ofrezca una regulación mínima, aunque efectiva y adaptada a las necesidades de los actores que operan en la misma. En este punto, nos podríamos cuestionar si el cobijo del CTM2006 incluye a los trabajadores que realizan una actividad no náutica a bordo de los cruceros.

B. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ACTIVIDADES NO NÁUTICAS EN LOS CRUCEROS ¿INCLUSIÓN EN EL CTM2006?

Pues bien, en respuesta a esta cuestión, es conveniente acudir al dictado del propio Convenio para conocer el concepto otorgado a gente de mar (*seafarers* en su versión anglosajona)²³.

El propio Artículo II.1 (f) del CTM2006 define el término gente de mar o marino como toda persona que esté empleada o contratada o que trabaje en cualquier puesto a bordo de un buque al que se aplique el Convenio. De seguido, en el artículo II.2 clarifica que se aplica a toda la gente de mar (salvo que se exponga expresamente otra cosa). El concepto dado de gente de mar ha sido calificado por la doctrina más reconocida como una noción amplia e híbrida al incluir tanto al personal que desempeña tareas náuticas (unidos al empleador a través de un contrato de enrolamiento o de embarque), como a los trabajadores que realizan a bordo otras actividades no náuticas (unidos al empleador a través de un contrato de trabajo ordinario). Esta definición ha ofrecido la posibilidad que se cobije bajo gente de mar a todos los trabajadores de los buques que presten servicio a bordo independientemente de la función que acometan o del grado de responsabilidad que tengan asignado²⁴.

No obstante, se advierte que, dada la diversidad del concepto para cada Estado Miembro, el Convenio ha tratado de ofrecer un margen a los Estados para que, en caso de duda sobre la condición de gente de mar a alguna de las categorías de trabajadores, la cuestión la resuelva la autoridad competente de cada Miembro, previa consulta con las organizaciones de armadores y de gente de mar interesadas. Esto es, en aras de garantizar la flexibilidad inherente a los Convenios OIT, deja en manos de los propios Estados la exclusión de alguna categoría concreta de trabajadores a bordo.

En efecto, la propia OIT ha reconocido que pueden darse situaciones en las que un Estado albergue dudas de si, a efectos del Convenio, debe considerarse o no como gente de mar a alguna/s categoría/s de trabajadores que desempeñan periodos de trabajo a bordo.

Como resultado de ello, la Conferencia General de la OIT adopta un anexo en forma de resolución para ayudar a los Estados a resolver este tipo de dificultades. En ella se aclara que las dudas que pueden plantearse sobre la designación como gente de mar pueden estar

²³ Obra señalar un apunte en relación a la confusión que plantea los términos gente de mar, marino, marinero, dotación y tripulación que se emplean habitualmente como sinónimos cuando en puridad no lo son. La misma OIT incurre en confusiones sobre todo en los documentos traducidos del inglés al español, cuando confunde el término marino (*seafarer*) con marinero (*seamen*). Un ejemplo en https://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/what-it-does/WCMS_219665/lang--en/index.htm (último acceso: 11 de diciembre de 2019).

²⁴ El concepto es empleado por Fotinopoulou Basurko, O.: “La noción híbrida de gente de mar en el CTM2006 de la OIT y su plasmación en el ordenamiento español y francés: visión comparada con especial referencia a los alumnos en práctica”, *Revista de Derecho del Transporte*, n.º 19, 2017, pp. 125-141.

relacionadas con el hecho que el personal desempeñe funciones no relacionadas con la actividad cotidiana del buque, tengan formación marítima o no (con formación marítima se refiere por ejemplo a los pilotos portuarios o los inspectores; sin esta formación pueden ser los científicos, los investigadores o los técnicos especializados en plataforma). Otro criterio utilizado por la Resolución se enmarca en el carácter ocasional y a corto plazo de la labor realizada a bordo, cuando su lugar de trabajo principal sea en tierra (como, por ejemplo, los animadores de pasajeros, los técnicos de reparaciones, los inspectores marítimos o los trabajadores portuarios)²⁵.

Posteriormente, la Resolución indica que es posible considerar como gente de mar “a las personas que pasan regularmente más que cortos períodos a bordo, aun cuando no cumplan tareas que se consideren normalmente como tareas marítimas, cualquiera que sea su cargo a bordo. Por ejemplo, las cuadrillas de reparaciones y mantenimiento y el personal especializado contratado para trabajar en el mar a bordo de buques determinados”.

A pesar de lo anterior, es decir, a pesar que se reconozca la dificultad de atender a los requerimientos internacionales y ofrezca una amplia flexibilidad en la definición de gente de mar, la OIT considera necesario aclarar la cuestión de la definición observando que en muchos instrumentos marítimos que ha refundido el CTM2006 se recogían definiciones distintas de gente de mar y que era preciso aclarar esta cuestión para lograr uniformidad en la aplicación de los derechos y de las obligaciones contenidas en el Convenio. Así las cosas, la OIT incoa a los Estados a que realicen un esfuerzo para asegurar la aplicación uniforme del Convenio y a respetar la intención de globalidad expuesta en el artículo II.1. (f), es decir, aplicar el Convenio a la toda la gente de mar.

La verdad es que la regulación de un concepto amplio de gente de mar por parte de los Estados no es una cuestión baladí, pues de ello dependerá que a este personal se le aplique o no los derechos y las obligaciones previstos en el Convenio. Téngase en cuenta que es muy probable que a bordo de los buques (y por supuesto, ello incluye a la industria de cruceros) presten servicios trabajadores procedentes de países que no otorgan el régimen jurídico y social que dispensa el CTM2006. Por este motivo, la OIT insta a los Estados a que tengan en cuenta esta particularidad a la hora de resolver sus dudas acerca de las personas concretas a las que considerar o no gente de mar. En definitiva, se tratar de otorgar a las personas un marco de protección comparable (desde el punto de vista socio laboral) al previsto en el Convenio.

Tratando de cerrar este asunto, se puede señalar que el espíritu del Convenio es ofrecer una protección homogénea a la gente de mar con toda su amplitud, alcanzando no solo a los trabajadores que formen parte de la dotación del buque firmantes de un contrato de embarco realizando las funciones náuticas, sino también a aquel personal de hostelería que desempeña otro tipo de funciones o presta otro tipo de servicios, por ejemplo, a los pasajeros de un buque. Desde luego ello incluye al personal de camarote, de limpieza, al personal del bar, los camareros, personal de cocina, el personal de casino. Pero también, podría incluir a los animadores, a los cantantes o a los esteticistas. Aunque recuérdese la Resolución en la que se indica que se puede plantear algunas dudas si se contrata a un

²⁵ Resolución de 22 de febrero de 2006 relativa a la información sobre los grupos profesionales (VII de la 94ª reunión (marítima) de la Conferencia Internacional del Trabajo. Esta Resolución se formuló cuando se adoptó el CTM2006 para ofrecer unas pautas o factores que los Estados podrían tener en cuenta para tomar una decisión al respecto.

artista o una persona que se encargue del mantenimiento y de la reparación del buque durante un crucero o un viaje. En tales se indica, es claro ya que debe ser la Administración de cada Estado miembro quien aclare la situación en la que queda este personal.

Con ello se desea expresar que la promulgación del CTM2006 ha sido si cabe más importante para los trabajadores que desempeñan su actividad en la industria de cruceros, pues se ha encargado de aclarar que, aunque este personal no participe de forma directa en la navegación ni en las operaciones diarias del buque, si pueden ser considerados gente de mar y, por tanto, protegidos por el Convenio. Se trata ciertamente de una novedad a destacar dada la amplitud y el carácter híbrido de la acepción de Gente de Mar empleada por la Comunidad Internacional. Así, antes del CTM2006 este término no incluía a los camareros o al personal de limpieza que presta su actividad en barcos de crucero. Del modo dibujado, y como el Convenio se aplica no solo a los buques mercantes, sino también los buques de crucero, la acepción amplia de gente de mar cobra todo su sentido y permite aplicar el cuadro de derechos y los deberes a los trabajadores de fonda, a los trabajadores de hostelería que prestan su actividad a bordo de ellos.

Con respecto a la encomienda realizada para España, como Estado parte de la OIT, se expone a continuación la reacción española al llamamiento realizado por la OIT. Ésta se limita a una Circular del 19 de abril del 2013 diseñada por el Ministerio de Fomento que ha tratado de determinar el término de gente de mar al fuero interno español (también concreta el término armador y el término de buque).

Esta medida ha despertado las críticas de entre la doctrina iuslaboralista. Realmente, en primer lugar, sí que se ha expuesto la amplitud de miras de la Circular al considerar gente de mar en el sentido subsumido por la OIT, incluso alcanzando a las personas que prestan servicio como animadores, tal y como se detalla a continuación. Lo cierto es que la Circular delimita el término de gente de mar en el sentido de la OIT, pero lo acota al mismo tiempo con más o menos acierto. Bien, la Circular considera a gente de mar (o marino) al siguiente personal:

Primero, a quienes cuente con una formación y estén en posesión del título expedido por algún Estado Miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, y que ejerzan tareas marítimas o profesiones marítimas, tareas de seguridad o de prevención de la contaminación en relación a las funciones de operaciones con el buque.

También considera marino a quienes ocupen puestos de trabajo a bordo definidos en el Cuadro Orgánico de Obligaciones y Consignas, además de a todos los trabajadores como el personal de camarotes, de limpieza, personal del bar, camareros, cocineros, incluso el término alcanza a los animadores o cantantes. En concreción a este personal, la Circular indica como requisito que presten sus servicios a bordo del buque de forma habitual y que no tenga su puesto o su lugar de trabajo principal en tierra.

Otra visión amplia referida a la Circular es que considera gente de mar a quienes se embarcan como guardias privados a bordo con funciones de proteger al propio buque o sus trabajadores, siempre que lo hagan por periodos largos (tres meses o más).

Por último, la Circular expone que los alumnos en prácticas se considerarán gente de mar siempre que embarquen con un contrato (laboral) en prácticas.

Con respecto a este particular, la crítica esgrimida por la doctrina se centra en varios puntos que invitan a la reflexión del lector (y del legislador). Lo primero que se esboza es que con respecto al personal que no realiza funciones náuticas contratado con un contrato ordinario (no un contrato de embarco), la Circular expone que tendrían que estar embarcados por un periodo que no sea corto, esto es, expulsa de su campo de aplicación si se embarca por un periodo de tres meses o menos de duración del embarque.

En este preciso momento, nos podemos plantear que la consecuencia de esta concreción es la inaplicación del CTM2006 con la consiguiente indefensión y laguna legal que ello plantea para el colectivo afectado.

En otra contradicción palpable que promueve la Circular es cuando expulsa de su marco regulador a los alumnos embarcados con un vínculo distinto al contrato laboral en prácticas. En este último aspecto, la doctrina se cuestiona si se trata de una relación laboral o de unos becarios a bordo, y analiza el régimen jurídico de aplicación considerando que se pueden embarcar alumnos en prácticas sin titulación náutica, pero también alumnos con titulación náutica²⁶.

C. LA ORGANIZACIÓN JERÁRQUICA EN LOS CRUCEROS

Dada la naturaleza mundial de la industria marítima, y de la industria de cruceros, muchos marinos trabajan a bordo de buques que enarbolan el pabellón de un país distinto de aquél donde residen habitualmente. Ya se ha hecho mención que al igual que ocurre con los buques mercantes, lo más habitual y generalizado es que los buques de cruceros estén inscritos en los registros abiertos, principalmente, en Panamá o en las Islas Marshall. Siendo en así, y si se aplica el criterio tradicional de la ley de pabellón, lo más común es que se aplique a los trabajadores empleados a bordo la legislación socio-laboral de la bandera del crucero.

En esta línea, las fuentes normativas de cada Estado fijan la estructura y composición de los trabajadores a bordo. En ello, cobra especial interés las disposiciones legales y reglamentarias, así como en su caso los convenios y acuerdos colectivos.

El buque se presenta como un organigrama jerárquico organizado por departamentos según su función, y en el que se sitúa al capitán como el máximo responsable del buque, ubicado en la cúspide de la pirámide organizativa. Después del capitán, están los oficiales que son los tripulantes que precisan de estar en posesión del título superior y de las atribuciones establecidas legalmente para desempeñar sus funciones. Entre ellos, estarían el oficial de puente y cubierta, el oficial de máquinas, el oficial radio electrónico, el sobrecargo y el Inspector.

En segundo orden estaría el grupo de maestranza compuesto por tripulantes que tienen una acusada competencia práctica o especialización para poder ejercer las funciones y trabajos a bordo. Entre ellos estarían el contra maestre, calderero, fontanero, bombero, electricista, mayordomo o cocinero. Por último, están los subalternos que son los tripulantes que desempeñan a bordo cometidos que requieren determinados

²⁶ Fotinopoulou Basurko, O.: “La noción híbrida de gente de mar en el CTM2006 de la OIT y su plasmación en el ordenamiento español y francés: ...”, op. cit., pp. 136-141

conocimientos, sin llegar a los exigidos para la maestranza. Entre ellos, están el marinero, el camarero o el ayudante de cocina.

Por otra parte, en los buques de carga se distinguen principalmente dos departamentos el de cubierta-puente, relacionado con la navegación y las operaciones de carga y descarga; y el de máquinas, para el control de la propulsión y el mantenimiento del buque.

En el caso de los buques de pasaje hay que acudir un departamento más, conocido como fonda. El antiguo Departamento de radiocomunicaciones ha desaparecido prácticamente en los buques, asumiéndose en el puente de navegación las funciones que los oficiales radio llevaban a cabo.

Transversalmente, en cada departamento se distinguen las tres categorías: oficiales, maestranza y subalternos.

En el departamento de cubierta-puente puede haber primer, segundo y tercer oficial que se turnan para cubrir las guardias en el tramo horario estipulado en la organización del trabajo. El primer oficial es el responsable del departamento. El oficial que lleve el mando como piloto asume funciones técnico-náuticas y documentales. Si el buque está navegando, las funciones se centran en el mantenimiento de la cubierta y unidades del buque, mientras que cuando el buque esté en puerto realiza operaciones de carga y descarga junto con el personal portuario de estiba. En definitiva, el primer oficial se encarga de los pormenores de la dirección de la navegación bajo la supervisión y el mando del capitán.

En el departamento de máquinas puede haber hasta un tercer oficial y el jefe de máquinas es el responsable. Este departamento tiene funciones de carácter técnico para garantizar el mantenimiento y la necesaria reparación del buque mientras navega. Por último, el departamento de fonda está dirigido bien por un sobrecargo para buques de grandes dimensiones (como, por ejemplo, un crucero o un buque de líneas de camarotes) o por un mayordomo para buques de menores dimensiones. El sobrecargo es un primer oficial que normalmente ha sido con anterioridad un oficial de puente. En la categoría de subalternos se distingue una gran variedad de personal, desde camareros, peluqueros, dependientes, animadores, cantantes, y cualquier personal marítimo que pueda ser susceptible de trabajar a bordo de los grandes

Como se ha referido, el organigrama que presenta un crucero va a depender del país de bandera, pero también de la propia naviera y del tipo de barco. A grandes rasgos, se diferencia, por un lado, los trabajadores a bordo que realizan operaciones marítimas, con funciones y esquema expuesto *supra*, como pueden ser Capitán, oficiales y subalternos, oficiales de cubierta, de mantenimiento del buque o marineros. En segundo lugar, se distingue al personal con funciones en la hostelería o en la atención a los pasajeros, que pueden estar en secciones tan diversas como pueden ser el casino, las tiendas, el gimnasio, el spa, la seguridad, los servicios de atención al empleado o al cliente, como servicios médicos, las excursiones, la fotografía, y un sin fin de servicios de entrenamiento que las diferentes navieras ofrecen a bordo.

En complemento a este tipo de servicios, es muy habitual que los cruceros ofrezcan una serie de operaciones colaborativas a pie de puerto, con oficinas en distintas sedes relacionadas con las excursiones, las ventas y la atención al cliente. Es posible que este

tipo de servicios o instalaciones pertenezcan a la propia naviera o que los subcontrate. En cualquier cosa, no cabe duda que si los servicios se prestan en tierra, quedarían fuera de la protección dispensada por el CTM2006.

III. CONCLUSIONES

Tras el estudio del régimen jurídico aplicable a los trabajadores de crucero, y de forma concreta, a los trabajadores con funciones no náuticas a bordo de un buque de crucero se podrían plantear una serie de interrogantes para abrir líneas futuras de investigación poco o nada tratadas por los iuslaboralistas.

Lo primero a esbozar es que la doctrina mercantilista ha prestado la debida atención, y por supuesto, con la vertiente propia de su disciplina, al tratamiento dispensado por el legislador a los buques de crucero. Como en otras facetas del Derecho Marítimo han copado las páginas de las principales discusiones sobre la materia.

A esta labor se ha ido acompañando desde otras disciplinas para atender los importantes retos que plantea el auge y la consolidación de la industria de cruceros en nuestra sociedad actual. Estamos hablando de estudios emprendidos de disciplinas tan variadas como la economía, el turismo, el medio ambiente o la seguridad marítima.

Desde estas líneas, se desea ofrecer un acercamiento y un pequeño paso a los retos que tenemos los iuslaboralistas a la hora de enfrentarnos al estudio y a la aplicación del CTM2006 en todas sus facetas. Un aspecto esencial del CTM2006 ha sido las consecuencias que ha tenido para los trabajadores que prestan servicios a bordo de cruceros.

Tal y como se ha definido, esta Carta de los Derechos Socio Laborales de los Trabajadores del Mar ha debido de cambiar, al menos sobre la letra de la ley, las relaciones laborales marítimas a bordo de los cruceros.

Desde la promulgación y la entrada en vigor del CTM2006 se asiste a una nueva realidad para los trabajadores embarcados en los cruceros, y ello, con independencia de la naviera o de la bandera que honde el buque, si hacen escala en puertos ratificantes del Convenio. Esta aseveración descansa en dos sólidos argumentos:

El primero se relaciona con la aplicación casi universal del Convenio, que está en torno al 91 % de la industria y que se pretende llegar a los 100 Estados ratificantes. Lo cierto, es que, de forma muy mayoritaria, el Convenio ha sido ratificado por países por los registros mayoritarios, como Panamá o Las Islas Marshall. Así las cosas, a un porcentaje cada vez más intenso de la flota mundial se le aplica el Convenio. Ello debe implicar una homogeneización, aun sea bajo mínimos, de las condiciones socio laborales a nivel internacional y un paso importante para conseguir el objetivo del Programa de Trabajo Decente proclamado por la OIT, los Objetivos de Desarrollo sostenible relacionados con la navegación segura (y con el trabajo docente). Como se ha expuesto, son unos objetivos también planteados y compartidos por la propia OMI.

El segundo se relaciona con la aplicación del principio de trato no más favorable ya expuesto en el texto. La aplicación de este principio debería ayudar a conseguir los objetivos narrados y por supuesto, debería combatir la competencia desleal que durante

tanto tiempo ha caracterizado a esta industria. De hecho, se ha expuesto que los países que visitan los cruceros tienen total autoridad para asegurarse que a bordo se cumplen la regulación internacional. Y ello, no solo con respecto a las cuestiones técnicas y atinentes a la seguridad marítima, sino también y de forma particular, se puede exigir a bordo el cumplimiento y la regulación internacional en los aspectos socio laborales descritos en el Convenio.

A ello se le suma, las propias inspecciones y controles que debe realizar el Estado de bandera sobre su flota para asegurar y garantizar que los buques registrados en su pabellón cumplen con los requisitos internacionales establecidos a tal efecto.

En otro orden de cosas, la industria de cruceros tiene unos resultados indiscutibles en el desarrollo del turismo, en la fisonomía de las ciudades, siendo un nicho de empleo directo e indirecto en los destinos en los que hace escala. Todo ello repercute de forma considerable en la economía de las naciones con un aumento a tener en cuenta en el Producto Interior Bruto de los países que son un fiel destino para los cruceros. Desde luego, con esta consideración no se puede cerrar los ojos a las repercusiones medio ambientales de las aguas y de las ciudades por el tránsito y por la recalada de estos cruceros en nuestros mares y en nuestras ciudades.

De esta situación se han venido preocupando y ocupando desde instancias internacionales para elaborar normas internacionales que afectan de forma considerable al sector. Así, la OMI ha ido proclamando medidas destinadas a paliar la contaminación y los vertidos de este tipo de buques, así como a tomar medida de las dificultades que plantea el agigantamiento de los buques de crucero. Se trata de un verdadero marco de cooperación internacional al considerar la materia medio ambiental y de seguridad marítima como una exigencia internacional que no se puede dejar al arbitrio de la acción estatal unilateral.

Con ello, se abre un espacio para la reflexión de cara a tratar con la misma exigencia a los asuntos socio laborales de los trabajadores que desempeñan su actividad a bordo de los cruceros.

En este albur, se trata de seguir analizando el régimen jurídico aplicable a toda la gente de mar, pero en toda su extensión. Y ello, de forma independiente a las tareas que realice a bordo. Es decir, ya sean tareas propias de la navegación, o con funciones no afectas a la navegación.

Con todo lo expuesto podemos concluir que contamos con autoridades internacionales dotadas de la capacidad para regular de forma más o menos rigurosa las operaciones y las actividades de los cruceros en nuestros mares y en nuestros puertos. Las instituciones que han venido dotando de este marco regulador son principalmente la OIT y la OMI. La capacidad de estas instituciones alcanza a diversas variables como son la seguridad marítima, a la protección del medio ambiente, a la protección sociolaboral de la gente de mar.

Además, esta regulación internacional es revisada y actualizada con cierta periodicidad. En el seno de la OMI con las reuniones específicas de sus comités y de sus comités. En el seno de la OIT, y desde la entrada en vigor del CTM2006 hemos sido espectadores de hasta tres Enmiendas al contenido originario del Convenio. Con ello, somos espectadores de un marco regulador en permanente evolución para adaptarse a las necesidades de este

sector. Solo falta que el legislador español considere la importancia de este sector no solo para la economía de su nación, sino también como fuente reguladora y como garantía de un contenido mínimo y decente para los trabajadores que desempeñan su actividad a bordo de cruceros. Y ello, independientemente de la garantía y de las funciones realizadas o de las responsabilidades que les encomienden y sin requisitos que desnaturalicen el espíritu de la norma.



Recibido: 03.10.2019. Aceptado: 02.12.2019

La situación de dependencia en la minoría de edad

The dependency situation in the minor age

Fernando M. Jimeno Jiménez

Profesor Tutor UNED Ceuta

Coordinador Unidad de Dependencia IMSERSO Ceuta

fernandom.jimeno@gmail.com

RESUMEN

En el presente documento se estudia la especial posición de los menores de edad en la normativa española sobre dependencia. Se analizan las peculiaridades en materia de reconocimiento del derecho, valoración y asignación de programas.

PALABRAS CLAVE: situación de dependencia, menores, valoración, programa.

ABSTRACT

This document examines the special position of minors in spanish regulations on dependency. The peculiarities in terms of recognition of the right, valuation and assignment of programs are analyzed.

KEYWORDS: dependency situation, minors, assessment, program.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SISTEMA DE DEPENDENCIA ESPAÑOL

III. BAREMACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA EN MENORES DE EDAD

A. ESCALA DE VALORACIÓN ESPECÍFICA (EVE) PARA MENORES DE TRES AÑOS.

B. ELEMENTOS ESPECÍFICOS EN EL BAREMO DE VALORACIÓN DE LA DEPENDENCIA (BVD) EN LOS MENORES DE EDAD.

IV. LA ASIGNACIÓN DE PROGRAMAS INDIVIDUALES DE ATENCIÓN

V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Cuando el legislador español aprueba la normativa reguladora del sistema de dependencia español¹, afronta uno de los retos más complejos de la política social y del Estado del Bienestar de este país. El entorno comunitario y la pertenencia a foros internacionales (la Organización Mundial de la Salud o el Consejo de Europa) facilitan las inercias necesarias para afrontar la atención de personas vulnerables y el fomento de su autonomía funcional. La propia exposición de motivos de la ley de promoción de la autonomía personal y atención a personas en situación de dependencia (LAPAD) reconoce la obligación pública de ofrecer una respuesta, enmarcada en un derecho de ciudadanía, facilitadora de una protección universal, de elevada calidad y sostenible en el tiempo.

Transcurridos más de doce años desde la entrada en vigor de la LAPAD, se ha producido un importante desarrollo normativo, en un marco de coordinación autonómica. Este proceso de homogenización justifica la competencia estatal en la aprobación normativa, fundamentada en la necesidad de garantizar condiciones básicas iguales de vida en cualquier parte del territorio nacional, de acuerdo con el artículo 149.1 de la Constitución Española de 1978 (C.E.). La crisis económica iniciada en 2007 ha limitado la potencialidad del modelo.

Las expectativas ciudadanas han sido elevadas, siendo muestra la cifra superior a un millón de beneficiarios del sistema en la actualidad². El colectivo de personas con 65 años y más alcanza una representación superior al 72%, con elevada presencia femenina ante la mayor esperanza de vida. Se puede concluir que la situación de dependencia define su ámbito de aplicación por una elevada presencia de mujeres durante la etapa del envejecimiento.

Aunque se ha expuesto una relación directa entre situación de dependencia y limitaciones durante la vejez, más de 65.000 personas³ (5,97%) beneficiarias son menores de 18 años (tabla 1). Un importante colectivo susceptible de estudio, dadas las peculiaridades que ofrece el desarrollo normativo. Por este motivo, en las próximas páginas se propone analizar su posición en el modelo español, un estudio desde una triple vertiente: (1) su inclusión en el ámbito de aplicación, (2) el baremo adaptado a las circunstancias de edad y (3) las posibilidades en la asignación de programas individuales de atención.

Tabla 1: Beneficiarios menores de edad en el sistema de dependencia

Grupo edad	Mujeres	Hombre	Total
Menores de 3 años	0,15%	0,36%	0,23%
Desde 3 a 18 años	2,99%	10,8%	5,74%
Menores 18 años	3,14%	11,16%	5,97%

Elaboración en base a datos facilitados por el IMSERSO (agosto 2019)

¹ Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, Ley 39/2006, de 14 de diciembre, publicada en el BOE de 15 de diciembre de 2006, núm. 299.

² De conformidad con las cifras ofrecidas por el sistema de dependencia que facilita el IMSERSO, 1.093.036 personas aparecen como beneficiarias, donde dos de cada tres son mujeres (65%), todo ello, a 31 de agosto de 2019.

³ A 31 de agosto de 2019, 65.210 menores de 18 años son beneficiarios del sistema de dependencia.

II. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS EN EL SISTEMA DE DEPENDENCIA ESPAÑOL

El artículo 5 de la LAPAD define a los posibles titulares de los derechos derivados de la situación de dependencia, debiendo cumplirse los siguientes requisitos de valoración y residencia:

- (1) Encontrarse en situación de dependencia de conformidad con la graduación prevista en el artículo 26 de la LAPAD: dependencia moderada (GRADO I), dependencia severa (GRADO II) y gran dependencia (GRADO III).
- (2) Residencia actual en territorio español y haber residido durante cinco años, de los que dos deben ser inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud.

Como regla general el artículo 5 de la LAPAD los menores adquieren idéntica posición que los mayores de 18 años, aunque el texto normativo establece tres apreciaciones. Por una parte, dos referidas a los que no superan determinados límites de edad (menores de tres y cinco años); por otra, las que afectan a menores extranjeros. La primera establece que para los menores de tres años se estará a lo que dispone la disposición adicional decimotercera de la LAPAD. La segunda está referida a la verificación del periodo mínimo de residencia en los menores de cinco años, toda vez que su cumplimiento se exigirá respecto de quien ejerza la guarda y custodia. Por último, a los menores sin nacionalidad española se les reconocerá el derecho de acuerdo con la normativa de menores y los tratados internacionales suscritos por España.

La disposición adicional decimotercera de la LAPAD, a la que se remite su artículo 5.1.b, establece cuatro matizaciones destacables para la protección adecuada de los menores de tres años. Ante todo, el legislador parte de la idea que la atención de los menores de tres años es competencia de los sistemas educativos, sanitarios y de dependencia, donde los servicios sociales públicos contribuirán con los programas domiciliarios y prestaciones económicas (vinculadas al servicio y para cuidados en el entorno familiar). La segunda indicación establece como mandato la elaboración de un instrumento de valoración, conforme a una escala específica. La tercera supone la integración de plano de los menores de tres años en el modelo de protección y financiación⁴. Por último, se fija como misión del órgano de cooperación y coordinación (Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia) la promoción de un plan integral de atención que contemple programas de atención temprana y medidas rehabilitadoras de la capacidad (física, mental e intelectual). Por tanto, el sistema de dependencia garantiza a los menores de tres años su protección, en condiciones de igualdad con los mayores de esta edad, la aprobación de un instrumento de baremación específico para este colectivo y la adopción de un plan integral de atención.

La aclaración que establece el artículo 5.1.c de la LAPAD respecto de los menores de cinco años resulta necesaria. Si es exigible un periodo mínimo de residencia para acceder a la titularidad del derecho (cinco años de residencia, de los que dos son

⁴ El artículo 7 de la LAPAD establece tres niveles de protección y financiación: (1) Nivel mínimo, establecido por la Administración General del Estado (AGE); (2) nivel acordado entre la AGE y las CC.AA.; finalmente, el nivel adicional, propio de cada una de las CC.AA.

inmediatamente anteriores a la solicitud), es precisa una equivalencia que garantice la protección de quienes no han cumplido esta edad, ya que serían excluidos por falta de acreditación. El legislador establece en este supuesto la equivalencia de exigir la residencia a las personas que ejerzan la guarda y custodia⁵.

La LAPAD establece que los menores extranjeros recibirán los beneficios del sistema aplicando la regulación específica y los preceptos establecidos en tratados internacionales. La aportación principal que establece a LAPAD es la referencia tanto a las leyes estatales como autonómicas, toda vez que se corresponde esta materia con una competencia transferida a las Comunidades Autónomas (CC. AA.), de acuerdo con el artículo 148.1. 20 de la C.E.

Para finalizar este apartado, resulta interesante resaltar como el proyecto de ley⁶ de la LAPAD contenía inicialmente una regulación diferente de la definitivamente aprobada. La redacción del proyecto de ley exigía “tener tres o más años de edad” para ser titular de los derechos del sistema de dependencia (artículo 5.1.b.). Esta limitación quedaba atemperada por la disposición adicional decimotercera del proyecto de ley, al reconocer la protección de los menores de tres años “que presenten graves discapacidades”. La LAPAD ha supuesto frente a su proyecto de ley inicial, una concreción de la protección de este colectivo⁷, fruto del enriquecimiento parlamentario.

III. BAREMACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA EN MENORES DE EDAD

El artículo 27 de la LAPAD es concluyente sobre quién debe valorar y qué instrumento utilizar. Por una parte, la determinación de la composición del órgano de valoración es competencia autonómica⁸; por otra, el baremo es función estatal, en virtud de Real Decreto, una vez acordado por el Consejo Territorial del Sistema de Dependencia⁹, confeccionado conforme a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF) de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

El Real Decreto 174/2011¹⁰ aprueba el baremo actual, supliendo al inicial Real Decreto 504/2007¹¹. Con una graduación sencilla (tabla 2) y con intervalos de puntuación

⁵ Cabría entender acreditado el periodo mínimo residencial siempre que uno de los que ejerzan la guarda y custodia reúna periodos suficientes.

⁶ Proyecto de ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, proyecto de ley 121/0084, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) núm. 84-1, boletín de 5 de mayo de 2006.

⁷ De Lorenzo García, R. (2006). “Texto final del proyecto de ley de dependencia: mejoras parlamentarias y panorámica sobre su desarrollo futuro”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 65: 113-161.

⁸ De acuerdo con lo previsto en la normativa del denominado territorio IMSERSO (Ceuta y Melilla), el artículo 28 de la Orden TAS 2455/2007, de 7 de agosto de 2007, BOE de 10 de agosto de 2007, núm. 191, determina que al menos el órgano de valoración debe estar constituido por Médico/a, Psicólogo/a y Titulado Medio del área sanitaria o social.

⁹ De acuerdo con lo precisado por el artículo 8 de la LAPAD, el Consejo Territorial es órgano de cooperación territorial del sistema de dependencia (representación de las CC.AA. y de la Administración del Estado).

¹⁰ Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, baremo de valoración de la situación de dependencia, publicado en el BOE de 18 de febrero de 2011, núm. 42.

definidos, valora la capacidad de cada persona para desempeñar actividades básicas de la vida diaria (desplazamiento, aseo, alimentación...) junto a la necesidad de apoyo y supervisión (discapacidad intelectual o enfermedad mental), todo ello, de acuerdo con lo reflejado en el informe de salud expedido por el Facultativo, el entorno en el que se desenvuelve y ayudas técnicas, órtesis y prótesis.

En el ámbito del presente documento, tomando en consideración lo reflejado en la disposición adicional decimotercera (párrafo 1), el Real Decreto 174/2011 diferencia el baremo general (Baremo de Valoración de la Dependencia -BVD-), respecto del aplicado a los menores de 3 años (Escala de Valoración Específica -EVE-) (tabla 2). Por tanto, la posición de los menores de 18 años en la aplicación del baremo de dependencia presenta un régimen especial, con distinción en función del umbral de edad (superior o inferior a tres años). De igual modo, el Baremo General configura peculiaridades para el colectivo incluido entre 3 y 18 años.

Tabla 2: Graduación modalidades situación dependencia en función puntuación baremo¹²

GRADO	BVD (GENERAL)	EVE (MENORES TRES AÑOS)
Sin grado	Menos 25	-
I (dependencia moderada)	25 / 49	1
II (dependencia severa)	50 / 74	2
III (gran dependencia)	75 / 100	3

Elaboración propia en base al contenido del Real Decreto 174/2011

A. ESCALA DE VALORACIÓN ESPECÍFICA (EVE) PARA MENORES DE TRES AÑOS.

La EVE¹³ se separa del baremo general aplicando un sistema de baremación diferenciado, adaptado a la clasificación de grados. Existe una plena equiparación al modelo básico, aunque aplicando puntuaciones distintas, tal como se refleja en la tabla 2. No debe interpretarse como una excepción al régimen general, sino en tanto que una adaptación a las circunstancias vitales que se producen desde el nacimiento hasta el cumplimiento de los tres años.

Son relevantes las diferencias entre el modelo general y el particular aplicable a los menores de tres años, ya que este último se caracteriza:

- 1- Particular sistema de puntuación (1, 2 y 3 puntos para los grados I, II y III respectivamente).

¹¹ Real Decreto 504//2007, de 20 de abril, baremo de valoración de la situación de dependencia, publicado en el BOE de 21 de abril de 2007, núm. 96.

¹² En origen, cada uno de los tres grados (I, II y III) diferenciaba dos niveles (1 y 2). Se suprime la diferenciación de niveles tras la aplicación del artículo 22 del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio de 2012, BOE de 14 de julio de 2012, núm. 168.

¹³ Se desarrolla como anexo II en el Real Decreto 174/2011 mencionado. Las instru/2012es de aplicación en el anexo IV.

- 2- Se valoran las condiciones de salud crónicas, prolongadas, de larga duración o de frecuente recurrencia¹⁴. Se deben tomar en cuenta las variables de desarrollo (relacionadas con la actividad motriz o capacidad adaptativa) y las necesidades de apoyo en materia de salud (peso al nacer, funciones vitales y medidas para la movilidad).
- 3- La valoración no es permanente, al establecerse revisiones cada seis meses (6, 12, 18, 24, 30 meses).
- 4- Al cumplir el menor los tres años le será de aplicación el baremo general (BVD).
- 5- En todo caso, la valoración de un menor de tres años debe efectuarse comparando entre personas de la misma edad, tomando como referencia otro menor que no se encuentre afectado por la condición de salud motivo de la baremación.

Una vez aplicado la EVE al menor de tres años, finaliza su misión específica, al atribuir uno de los grados indicados con la misma consideración a partir de ese momento que una persona mayor de esta edad.

B. ELEMENTOS ESPECÍFICOS EN EL BAREMO DE VALORACIÓN DE LA DEPENDENCIA (BVD) EN LOS MENORES DE EDAD

El BVD¹⁵ se aplica a partir de los tres años, teniendo en cuenta el informe de salud (expedido por el Facultativo de la Sanidad Pública) y el entorno habitual donde se desenvuelve la persona, combinándose con la observación, comprobación y entrevista directa efectuada por el evaluador/a en el domicilio¹⁶.

La tabla de aplicación prevista en el Real Decreto valora la realización de diez actividades o tareas (comer/beber, higiene personal, lavarse, otros cuidados corporales, vestirse, mantenimientos de salud, cambiar y mantener la posición del cuerpo, desplazarse dentro del hogar, desplazarse fuera del hogar, realización tareas domésticas y la toma de decisiones), en función del tipo de apoyo¹⁷ (supervisión, apoyo físico parcial, sustitución máxima o apoyo especial) y frecuencia del mismo (casi nunca, algunas veces, bastantes veces, la mayoría de las veces y siempre). Por tanto, la aplicación de las actividades o tareas susceptibles de análisis (10) en combinación con el tipo de apoyo y frecuencia.

El BVD establece dos peculiaridades para el colectivo desde 3 a 18 años, una sobre la aplicación de la tabla de valoración y la segunda sobre el proceso de revisión de una valoración ya efectuada. Por una parte, la tabla que contiene las diez actividades o tareas se debe aplicar en función del desarrollo evolutivo y tomando en consideración los

¹⁴ Tal como indica el Real Decreto 174/2011, el diagnóstico de la enfermedad no es criterio de valoración.

¹⁵ Regulado como anexo I en el Real Decreto 174/2011 mencionado. Las instrucciones de aplicación en el anexo III.

¹⁶ La entrevista personal efectuada por el evaluador/a debe completarse con la participación de tercera persona que conozca la situación en los supuestos de deficiencia mental y/o limitaciones en la comunicación.

¹⁷ Se han previsto en el Real Decreto 174/2011 coeficientes de ponderación en función del nivel de la modalidad de apoyos.

intervalos de edad cronológica, fijando a estos efectos cuatro grupos de edad: (1) Desde tres a seis años, (2) desde siete años a diez, (3) desde once a diecisiete y (4) dieciocho y más. Por otra parte, la baremación inicial se revisará de oficio al inicio de cada periodo diferenciado¹⁸ anterior (3 a 6 / 7 a 10 / 11 a 17) hasta dieciocho años, momento a partir del que las revisiones quedan a criterio del órgano de valoración.

IV. LA ASIGNACIÓN DEL PROGRAMA INDIVIDUAL DE ATENCIÓN

Tras esta primera fase de baremación, con importantes peculiaridades en la valoración de la situación de dependencia en los menores de edad, es el momento en el que la organización pública asigna programa de atención social (artículo 29 de la LAPAD).

El programa individual es un instrumento racional que facilita las prestaciones del sistema de dependencia en función del grado de valoración, bien de acuerdo con el catálogo de servicios¹⁹, bien prestaciones de naturaleza económica²⁰. Salvo alguna excepción (centros residenciales y diurnos destinados a personas mayores de 65 años), las prestaciones del sistema de dependencia pueden ser aplicadas de manera indiferente tanto a menores, como a mayores. No obstante lo anterior, la experiencia y la atención especial que necesita el colectivo objeto de estudio, determinan ciertas preferencias en la asignación concreta.

La propia LAPAD establece algunas prioridades, todas referidas al grupo de menores de tres años, aunque aplicables a todos los menores de edad. Ante todo distingue la protección social derivada del sistema de dependencia respecto de la que deben facilitar las instituciones educativas y sanitarias. No solo son compatibles, sino que es deseable una adecuada coordinación socio-sanitaria. Especialmente resalta la LAPAD la trascendencia de determinados programas (disposición adicional decimotercera de la LAPAD), algunos novedosos tras la entrada en vigor del nuevo modelo asistencial:

- La atención domiciliaria.
- La prestación económica para cuidados en el entorno familiar (PECF).
- La prestación económica vinculada al servicio.
- Especial incidencia de la planificación, con especial llamamiento en dirección hacia la atención temprana y la rehabilitación de las capacidades físicas, mentales e intelectuales.

Se incide en los programas domiciliarios (servicio de ayuda a domicilio y teleasistencia), en tanto que instrumentos de apoyo a los progenitores del menor, tanto

¹⁸ Salvo que manifieste criterio diferenciado el órgano de valoración o no haya transcurrido un años desde la baremación anterior, en este último supuesto se efectuará la revisión a mitad del periodo de referencia antes reflejado ((3 a 6 / 7 a 10 / 11 a 17).

¹⁹ De acuerdo con el artículo 15 de la LAPAD, los servicios de prevención de la situación de dependencia, los de promoción de la autonomía personal, los de teleasistencia, los de ayuda a domicilio (cuidados personales o atención domiciliaria), centro de día/noche, atención residencial.

²⁰ Según los artículos 17, 18 y 19 de la LAPAD respectivamente, la prestación económica vinculada al servicio, la destinada a cuidados para el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, así como la de asistente personal.

para atender necesidades básicas, como a incrementar la autonomía personal (artículo 8 del Real Decreto 1051/2013²¹). Esta modalidad protectora se encuentra en la actualidad más demandada por el colectivo de personas mayores²² que por el de menores de edad, considerándose una aportación puntual durante un número limitado de horas²³ más que una alternativa real en materia de cuidados

Posiblemente la prestación económica para cuidados en el entorno familiar sea el programa más desarrollado junto a los de prevención y promoción. La PECF aunque excepcional en la asignación (artículo 14.4 en relación el 17 de la LAPAD) y de cuantía limitada²⁴ es la medida más requerida por las familias en España²⁵. Los requisitos de atención continuada, permanente, la convivencia y el parentesco familiar se ajustan a la situación de progenitores (tutores, en su caso) respecto de sus menores en situación de dependencia.

Las actuaciones de prevención de la situación de dependencia y promoción de la autonomía personal, reguladas en los artículos 5 y 6 del Real Decreto 1051/2013, se manifiestan principalmente en acciones de atención temprana, estimulación, terapias, recuperación de habilidades, formación, acceso a productos de apoyo o habilitación psicosocial. Se garantiza un mínimo de horas mensuales, intensidad medida en función del grado de situación de dependencia²⁶. Estos servicios pueden ser prestados por cada una de las autonomías, directamente o en virtud contratación administrativa. El artículo 17 de la LAPAD ha previsto la posibilidad de reconocer la prestación económica vinculada²⁷ ante la insuficiencia de recursos propios con los que facilitar programas de prevención y promoción, de naturaleza finalista y supeditada a la justificación (documental) de la efectiva prestación del servicio.

Una muestra del interés por los programas de prevención y promoción es la preocupación del legislador y las autonomías por la atención a menores de tres años²⁸.

²¹ Real Decreto 1051/2015, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del sistema de dependencia (en desarrollo de la LAPAD), BOE de 31 de diciembre, núm. 313.

²² Jimeno, F. y Martín, J. A. (2018). "Un modelo de datos de panel aplicado al desarrollo de los cuidados domiciliarios profesionales destinados a personas mayores". *Zerbitzuan*, 65: 121-130.

²³ La intensidad horaria mensual del servicio de ayuda a domicilio fluctúa en función del GRADO de situación de dependencia. Así, el GRADO I, hasta 20 horas; el II, desde 21 a 45 y, finalmente, el III desde 46 a 70.

²⁴ Los importes máximos mensuales a percibir serían 153,00 para el grado I, 268,79 para el grado II y 387,64 para el grado III, cantidades a las que se pueden aplicar coeficientes de reducción en función de rentas, intensidad de los cuidados y deducción de complementos de idéntica naturaleza y finalidad.

²⁵ El 30,45% de los beneficiarios son perceptores de las PECF con fecha 31/08/2019, de conformidad con la información del IMSERSO.

<http://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/estsisaad20190831.pdf>.

²⁶ Se han previsto un mínimo de 12 horas mensuales de servicio de promoción de la autonomía para personas con dependencia moderada. De manera específica para la atención temprana, 6 horas mensuales (Grado I).

²⁷ Las cantidades máximas mensuales destinadas a la prestación del servicio se fijan en 300,00 para el grado I, 426,12 para el grado II y 715,07 para el grado III. Se pueden reducir los importes, de manera similar como la PECF (rentas, intensidad de los cuidados y deducción de complementos de idéntica naturaleza y finalidad).

²⁸ Resolución de 25 de julio de 2013, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo de 4/7/2013 del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia sobre criterios comunes, recomendaciones y condiciones mínimas de los planes de atención integral a menores de tres años en situación de dependencia o en riesgo de desarrollarla, publicada en el BOE de 2/8/2019, núm. 184.

Las CC.AA. asumen la obligación de articular fórmulas que permitan el diseño de planes de atención temprana para menores de tres años en situación de dependencia o en riesgo de desarrollo. Para garantizar una protección integral, deben definir programas domiciliarios, prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar, acceso a servicios de atención temprana, habilitación y rehabilitación. Las subvenciones para ayudas técnicas, transporte o adaptación de hogar, así como el asesoramiento y orientación a las familias conforman este catálogo de medidas.

V. CONCLUSIONES.

Los menores de edad representan casi el 6% del universo de personas en situación de dependencia en España. La normativa ha regulado aspectos específicos para este colectivo, adaptándose a las etapas del desarrollo biológico e intelectual hasta el cumplimiento de la mayoría de edad.

Tras el debate en sede parlamentario del proyecto de ley, la LAPAD concreta con claridad la plena aplicación del sistema de dependencia, sea cual fuera la edad del beneficiario. No obstante, para los menores se establecen determinados aspectos que han sido analizados. Unos se circunscriben al baremo, otros a los programas de atención susceptibles de asignación.

La normativa de desarrollo de la LAPAD, de conformidad con lo indicado en su disposición adicional decimotercera, regula un baremo específico (EVE) destinado a valorar los menores de tres años, tomando en consideración las variables de desarrollo y necesidad de apoyos, con un sistema diferenciado de puntuación y revisión. Una vez cumplidos los tres años, se aplica el baremo general (BVD), con algunas especificidades hasta que alcance la persona dependiente la mayoría de edad, destacando su aplicación de conformidad con la evolución y los intervalos de edad (3 a 6 / 7 a 10 / 11 a 17), así como un proceso particular en materia de revisión de oficio.

Tras la baremación y determinación de grado, la posición del menor adquiere una posición especial en la asignación del programa de atención. Aunque son susceptibles de aplicar los contenidos generales (con alguna excepción), la propia normativa y la experiencia demuestran que determinadas prestaciones económicas y servicios son preferentes. La excepcional prestación económica para cuidados en el entorno familiar es un instrumento que se ajusta a la situación del menor y su familia, dada la exigencia de convivencia, parentesco, apoyos continuos y permanentes. Los programas de promoción de la autonomía y prevención, bien facilitados con recursos propios, bien de manera externa utilizando la prestación económica vinculada a estos servicios, son demandados y cada vez más utilizados, concretándose en la protección temprana, estimulación, terapias y otras acciones de recuperación. La atención domiciliaria pretende ser potenciada por la LAPAD, aunque su éxito es más considerable en la población de edad avanzada.



Recibido: 03.10.2019. Aceptado: 13.12.2019

The necessary recovery of social dialogue to address the regulation of the impact of new technologies on workers' rights

La necesaria recuperación del diálogo social para abordar la regulación del impacto de las nuevas tecnologías en los derechos de los trabajadores

Laurentino Javier Dueñas Herrero

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Valladolid

lauren@emp.uva.es

<http://orcid.org/0000-0002-3581-6611>

ABSTRACT

The European Union has urged the European Commission, Member States and social partners to establish rules for an economic sphere which is either deregulated or has significant gaps in regulation: digitalisation and the platform economy. The European Parliament has made a series of recommendations which establish the social guidelines necessary to regulate labour relations on collaborative platforms. Accepting changes in the fundamental nature of labour law requires the overcoming of untouchable axioms which survive in contemporary economic thought, such as the one which links rigid labour regulations to the delay in recovery from the economic crisis, to rising unemployment, and more recently, to a lack of adaptation of labour regulation to technological changes. Once again, changes in labour legislation are required in order to adapt correctly to the digital economy, although it is emphasised that this “new regulation” cannot be made without the social partners.

KEY WORDS: platform economy, normative instruments, social partners.

RESUMEN

La Unión Europea ha instado a la Comisión Europea, a los Estados miembros y a los interlocutores a normar un ámbito económico desregularizado o con lagunas en la regulación: la digitalización y la economía de plataforma. El Parlamento Europeo ha dirigido una serie de recomendaciones con las directrices sociales necesarias para que se regulen las relaciones laborales en las plataformas colaborativas. Es preciso superar intocables axiomas que perviven en el pensamiento económico contemporáneo, como el que vincula la rigidez de la normativa laboral al retraso en la salida de la crisis económica y al incremento del número de desempleados, a lo que ahora quiere añadirse la falta de adaptación de la regulación laboral a las nuevas tecnologías. De nuevo se exigen cambios legislativos en el orden laboral para lograr una correcta adaptación a la economía digital; si bien, es preciso subrayar que esta “nueva regulación” no podrá hacerse al margen de los interlocutores sociales.

PALABRAS CLAVE: economía de plataformas, instrumentos normativos, interlocutores sociales.

CONTENTS

I. INTRODUCTION

II. THE REGULATION REQUIRED FOR DIGITAL WORK

A. THE NORMATIVE INSTRUMENTS

III. POSITIONS OF THE EUROPEAN SOCIAL PARTNERS

IV. HOW CAN THE ADVENT OF A PRODUCTIVE MODEL BE REGULATED?

V. CONCLUSIONS

I. INTRODUCTION

As has been clearly observed in the European Union and in each of its Member States, both globalisation and new technologies bring pernicious changes to the traditional articulation of labour relations' regulatory sources. Long ago it was said that the chaos of globalisation had become a "factor of uncertainty" in the very concept of law, had "pulverised" legislative rights, provoking a marked "contractualisation of the contents of the law", as well as a progressive deterioration and technical deformation of legal forms within each of the internal systems¹.

The impact of Economy 4.0 on labour (the digitalisation of work) poses a problem of sources of law, in other words, the regulation of labour conditions. A detailed analysis of the regulatory spheres may become either obsolete or suitable for permanence, despite economic, social, political and legal changes. Permanence is what is presumed. At the end the key lies in the tempering of economic interests, catapulted precisely by the digital revolution, with the defense of workers' fundamental rights. Nevertheless, the "legal approach to labour digitalisation" is being carried out, to a large extent, by means of jurisdictional resolutions, and also by approaches that give prominence to the "digitising directive power" in disfavor of the basic and fundamental rights of workers². That being said, in this paper I will dwell mainly on how and, more particularly, on the necessary participation of social partners in the pathway to legislation, because legislative reasoning requires politics, but beforehand, it requires fundamental social reasoning.

II. THE REGULATION REQUIRED FOR DIGITAL WORK

The 4.0 economic benefit model is by no means unknown to labour law. It closely reproduces that which is used to outsource labour relations, with the addition that it allows for a maximum reduction in business risk, and the fact that it immediately achieves a legal invisibility of the employee, based on the apparent nonexistence of the business³. From here a multitude of regulatory possibilities opens up. In short, it seems non-confrontational enough to regard these new scenarios as being unable to operate within a framework of absolute freedom or lawlessness, and therefore require regulatory intervention. The difficulty lies in defining how far to go, or how to arrange these fields in order to achieve the necessary balance between the interests and expectations in play. Consequently, one must analyse whether or not there should be intervention, and if so, how to achieve it and how far reaching it should be⁴.

Nothing prevents work in the digital economy from being regulated -- be it at the legislative and/or conventional level -- with an aim to establishing those basic rights which make decent work possible. Furthermore, the "flight" from the workplace does not constitute an inevitable process, but can be contained and even regulated. It is a

¹ Mercader Uguina, J. R.: "Sistema de fuentes y globalización", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, No. 119 (2003) 670-671.

² Alemán Páez, F.: "El derecho a la desconexión digital", *Trabajo y Derecho*, No. 30 (2017) 3-4.

³ Trillo Párraga, F.: "Economía digitalizada y relaciones de trabajo", *Revista de Derecho Social*, No. 76 (2016) 68-69.

⁴ See Garrido Pérez, E.: "La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas", *Revista de Derecho Social*, No. 80 (2017) 210-213.

decision of a political nature⁵. It is already accepted that the “digital law” sector is subject to general regulations, and the discussion has therefore moved to another level, whether or not they should be adapted to suit their particularities; or if it is necessary to elaborate others ad hoc⁶. Moreover, with the objective of preventing profit-oriented companies from abusing employment and work platforms, meanwhile engaging in illegal practices, regulation is deemed necessary, with respect to which we can discuss its form and content, but not the need for its existence⁷.

A. THE NORMATIVE INSTRUMENTS

The European Union has pressed to establish rules for production models that are deregulated or have gaps in regulation⁸, asking the European Commission (EC), Member States and social partners for the guidelines necessary to address the management of labour relations in collaborative platforms, and that the recommendations of the European Parliament be put into practice in order to guarantee greater legal security with respect to collaborative business models, and sufficient protection of the rights of workers who provide services through virtual platforms⁹. A clearer and more decisive opinion was shown by the European Economic and Social Committee. They placed special emphasis on the need to redefine the concept of legal subordination in the face of the economic dependence of workers, and guarantee labour rights regardless of the formats the activity adopts¹⁰.

The Commission had already affirmed that, in many cases, the transactions of the collaborative economy did not entail a change in ownership, and that they could be developed with or without the intention of obtaining benefits. And so it is, for the collaborative economy is prey to a strong intentional ambivalence. On the one hand, it is presented as a network among equals, and frees spaces for the commercialisation of the provision of certain services; but, on the other hand, it also includes business initiatives which make use of virtual platforms aiming for business benefit and equipped with a number of workers (freelancers / subordinates) to provide the service¹¹.

⁵ Serrano Olivares, R.: “Nuevas formas de organización empresarial: economía colaborativa –o mejor, economía digital a demanda-, trabajo 3.0 y laboralidad”, in Rodríguez-Piñero Royo, M. y Hernández Bejarano, M. (dirs.): *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo, Albacete (2017) 34.

⁶ Rodríguez-Piñero Royo, M., in Rodríguez-Piñero Royo, M. y Hernández Bejarano, M. (dirs.): *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo, Albacete (2017) 201.

⁷ Castellano Burguillo, E.: “Plataformas de empleo y plataformas de trabajo. Aspectos fundamentales”, in Rodríguez-Piñero Royo, M. y Hernández Bejarano, M. (dirs.): *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo, Albacete (2017) 271.

⁸ Resolution of the European Parliament, of 15 June 2017 EU, on *A European Agenda for the Collaborative Economy*. P8_TA-PROV (2017) 0271. See also the Resolution of the European Parliament of 4 July 2017 on *Working conditions and precarious employment* (2016/2221 (INI)), where it asks the European Commission and the Member States to respond to the problems arising in the scope of the collaborative economy and seek the balance between the need for greater protection of workers and the promotion of entrepreneurship and cooperation in the sector.

⁹ López de la Fuente, G.: “La digitalización del trabajo y nuevas formas de control empresarial: a propósito de las plataformas virtuales”, in Todolí Signes, A. y Hernández Bejarano, M. (dirs.): *Trabajo en plataformas digitales: innovación, Derecho y mercado*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra (2018) 549.

¹⁰ EESC Opinion: *A European Agenda for the Collaborative Economy* (OJ 03-10-2017).

¹¹ Trillo Párraga, F.: “Trabajo decente y economía digitalizada”, in Mora Cabello de Alba, L. y Rodríguez Fernández, M.^a L. (coords.): *El futuro del trabajo que queremos*, Bomarzo, Albacete (2017) 76-77.

The inclusion in labour regulations of these atypical forms of work, their coverage by labour legislation, their 'typicality', in other words, is essential to avoid becoming precarious employment. New rules may be required so that these new forms of employment are covered and guarantee workers a decent job. The instrument to be used by States is none other than "a set of minimum standards" on: the maintenance of opportunities to enter the labour market; the assurance of minimum wage levels; access to training and promotion; and social protection. In addition, States must ensure that social security systems fulfill their functions in new forms of atypical employment¹². Furthermore, the fundamental importance of protecting workers' rights in the collaborative services sector, most importantly, the right of workers to organise themselves and the right to collective bargaining in accordance with the legislation and national practice, has been stressed (par. 39 of the Resolution of the European Parliament of 15 June, 2017 on a *European Agenda for the Collaborative Economy*).

In my opinion, social dialogue and consultation must regain their strength because they inform the political aspect and management of collective bargaining. The participation of social partners in normative processes ["social democracy"] is nothing new, neither does it entail a transcendental change in the European social model of lawmaking. In the words of the CJEU, compliance with the principle of democracy requires that the peoples' participation in the process be guaranteed, alternatively, through social partners that celebrated the Agreement to which the Council, deciding by qualified majority, at the proposal of the Commission, conferred legislative support at Community level (Judgment of the Court of First Instance of the European Communities of 17 June 1998, Case T-135/96, paragraph 89)¹³. This intervention of social partners turned collective bargaining into a mode of production of labour standards that favored the active participation of citizens via social partners. With this, business and union organisations, together with public powers, were attributed with carrying out a democratic role¹⁴.

III. POSITIONS OF THE EUROPEAN SOCIAL PARTNERS

The European Commission's promotion of the social dialogue forms part of a long, institutionalised process with clear "corporate features", because social partners have reached important quotas of political participation in the Union and have turned into true co-legislators. In 2016 the Commission launched a high-level conference with the social partners, which resulted in a declaration that speaks of a new beginning for social dialogue¹⁵. There they foresaw a strengthening of the capacity of social and economic agents at the national level, and a greater participation in the design of EU policies and

¹² See Casas Baamonde, M.^a E.: "Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nueva. ¿Hacia un trabajo digno?", *Derecho de las Relaciones Laborales*, No. 9 (2017) 872-875.

¹³ The social partners took a fundamental step through their agreement of October 31, 1991, which would be integrated into the Protocol on social policy of the Maastricht Treaty (1992). They declared their willingness to participate in the social governance of the EU, assuming a role of regulators through negotiation, as a complement to the legislative instruments (section 2.4 of the EESC *Opinion on The structure and organization of social dialogue in the context of an authentic Economic and Monetary Union*, 2014 / C 458/01, 19-12-2014). Social dialogue that "plays a fundamental role in strengthening social rights and sustainable and inclusive growth" (paragraph 20 of the preamble of the interinstitutional proclamation on the *European pillar of social rights*, OJ 13.12.2017).

¹⁴ Casas Baamonde, M.^a E.: "La negociación colectiva europea como institución democrática (y sobre la representatividad de los "interlocutores sociales europeos)", *Relaciones Laborales*, No. 21 (1998) 12-13.

¹⁵ *A New Start for Social Dialogue*, document signed by the European Commission, UEAPME, Business Europe, CEEP and ETUC, June 27, 2016.

regulations. Specifically, this declaration foresees three fundamental lines for the role of the European social dialogue: a more substantial participation of social partners in the European Semester; the reinforcement of the capacity of social partners at the national level; and, a greater participation of social partners in the design of EU policies and regulations¹⁶. Nevertheless, the problems of collective representation continue to affect all labour relationships, and especially those that are atypical and more precarious, thereby weakening social partners and collective bargaining¹⁷.

The unequal power that national interlocutors have in each of the States, plus the diversity of labour legislation which hardly permits their harmonisation has been made known, and now the experience of institutionalised negotiation -or European social dialogue- can be a meeting point where the European social partners negotiate working conditions for all, thanks to the intervention of community institutions. However, carried to its ultimate consequences, the informal search for “formulas of social consensus” or “prior social dialogue” can be, far from desirable, more a brake than an engine of the construction of social Europe, every time that community legislative action is subordinated to the eventual agreement of the social parties¹⁸. The truth is that the economic crisis has left social dialogue in a bad place, particularly at the inter-professional level, due to stagnation and paralysis, above all since 2010. At the sectoral level, however, European social dialogue and collective bargaining have shown greater dynamism and resilience and have continued to produce developments¹⁹. When the moment had come for consolidation of social dialogue practices in Eastern Europe, initially encouraged by the Commission and the ILO, it was abandoned when the doctrine of austerity began to dominate. The new processes of “macroeconomic governance” in the countries of the euro zone also led to the “progressive deterioration” of the tripartite social dialogue, being more marked the break with the past in countries exposed to the conditions imposed by the Troika²⁰.

In Spain a process of deconstitutionalisation of work has taken place, and one of the central areas of reference is that of political interlocution, and in this domain union efficacy is nil if it is interpreted as the ability to obtain appreciable results for labour relations. So developing that capacity for exchange with the government in a new political situation is important, but on the condition that it produces tangible results of trade union agreement²¹. Since 2008, social dialogue has been marked by the consequences of the economic and financial crisis, as well as by the resulting political and institutional problems of the EU, which have materialised amid difficulties in finding consensus among social partners, and between these and European institutions²².

¹⁶ García-Muñoz Alhambra, M. A.: *La negociación colectiva europea de sector*, Bomarzo, Albacete (2017) 19.

¹⁷ Casas Baamonde, M.ª E.: “Precariedad del trabajo...”, cit., 873.

¹⁸ Monereo Pérez, J. L.: “La participación de los agentes sociales en la construcción de la Comunidad Europea y el diálogo social”, *Actualidad Laboral*, No. 29 (1989) 380-381.

¹⁹ See García-Muñoz Alhambra, M. A.: *La negociación colectiva...*, cit., 88-94.

²⁰ See Guarriello, F.: “El diálogo social nacional en los países de la UE. Un panorama general”, *Gaceta Sindical. Reflexión y debate, Confederación Sindical de CC. OO., Nueva etapa*, No. 25 (2015) 56-50.

²¹ Baylos Grau, A.: “Sindicato y crisis: conexiones y correspondencias”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, No. 2 (2017) 129.

²² García Viña, J.: “Diálogo social y relaciones colectivas en el Derecho de la Unión Europea”, en *Balance y perspectivas de la política laboral y social europea, XXVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ediciones CINCA, Madrid (2017) 250.

In EU law, the path to implementation of collective relations is proceeding in the direction opposite to what occurred in most of the member countries, where negotiations started at the lower levels, and then moved up to negotiations “in the shadow of the law”. What’s more, social dialogue at EU level should not be confused with the numerous autonomous collective bargaining systems that have been developed in European countries. These systems are based on freedom of association, which includes the right to strike and the negotiation of agreements between organizations representing workers and employers. Yet, the right of association and the right to strike or the right to lock-out are expressly excluded from the legislative competence of the EU, and European trade unions lack the membership and social power essential for effective collective bargaining. Although, the EU’s social dialogue is in line with the idea of the “democratic legitimacy of the Third Way”, and in this differs from the national collective bargaining²³.

The support of the social dialogue and the institutional power of the social partners does not mean that the representatives of political power - mainly the Commission and the European Parliament - should free themselves of the responsibility for social Europe, entrusting it to the aforementioned protagonists²⁴. And here we find a finished sample of democratic neo-corporativism and authentic social dialogue –the social pact or agreement. It is understood as a negotiation process, as a permanent forum for a three-way meeting between the Government, business and trade unions. Consequently, the “para-legislative” role that European social dialogue has reached in the decision-making process is still an uncomfortable social agreement, which is why some States remain on the lookout and distrust the power of social partners, which can diminish its normative power. The agreements derived from macro-concertation, whether they have a merely programmatic content or are binding, are nevertheless the product of a political exchange between social agents and the State, which implies a certain “exchanging of roles”²⁵, without implying a “substitution of parliamentary democracy, rather its completeness through those who also aspire to represent –by the expansive view of its original mandate– the interest of all”²⁶. The Luxembourg judges attributed to social dialogue the role of a substitute for the European Parliament in the legislative decision-making process because it serves to democratise the life of the Union²⁷: “The principle of democracy on which the Union is founded requires –in the absence of the participation of the European Parliament in the legislative process– that the participation of the people be otherwise assured, in this instance through the parties representative of management and labour concluded the agreement which is endowed by the Council, acting on a qualified majority, on a proposal from the Commission, with a legislative

²³ Bruun, N. and Heple, B.: “Economic Policy and Labour Law”, in *The Transformation of Labour Law in Europe. A comparative study of 15 countries 1945-2004*, Bob Heple & Bruno Veneziani (edited), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon (2009) 53.

²⁴ Pochet, P. and Degryse, C.: “Diálogo social europeo: los instrumentos y los actores”, *XIV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid (2001) 25.

²⁵ Martín Valverde, A.: “Concertación social y tripartismo: modelos de concertación social en Europa”, in *El diálogo social y su institucionalización en España e Iberoamérica*, Durán López, F. (coord.), Consejo Económico y Social España, Madrid (1998) 106.

²⁶ Fernández Domínguez, J. J.: “Legitimación y protagonistas de la negociación colectiva”, in *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo, XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ediciones CINCA, Madrid (2015) 21.

²⁷ Veneziani, B.: “L’art. 152 del Trattato di Lisbona: Quale futuro per i social partners?”, *Revista giuridica del lavoro e della provvidenza sociale*, Vol. 62, No. 1 (2011) 258.

foundation at Community level” (Judgment of the Court of the European Communities of 17 June 1998).

The permeability of the labour market to technological advances raises important legal challenges that must be faced by the entire labour community and, although in Spain we are in a phase of incipient reaction, “the rapid technological progress contrasts with a legal framework that remains anchored in the classic”²⁸. The fact is that Spanish law suffers from an insufficient system that distorts legal security. Indeed, our regulatory presence appears to be a dispersed, tangential and incorrect system where normative, a-normative, conventional and jurisprudential sources are intermingled²⁹. Faced with this deregulated online labour market, it is up to the Labor law to create and maintain the necessary balance between the Digital Economy of Market and Politics, which should be adequately and dialogically oriented under the principles of the Social Dialogue³⁰.

IV. HOW CAN THE ADVENT OF A PRODUCTIVE MODEL BE REGULATED?

The Spanish lawmaker can intervene through various legal instruments, for example, regulating the use of communication technologies outside working hours, or developing a plan for the use of communication technologies. Legislative development can take references from other countries (such as: an amendment of the Labour Code in France by LOI n° 2016-1088, of 8 August, 2016 which introduces a new article dedicated to the protection of workers of virtual platforms, establishing a liability regime for these platforms in the field of work accidents, contributions, professional training, certificates of professionalism and freedom of association; the State of Florida plans to approve a law (CS / HB 221: Transportation Network Companies) to regulate the provision of services of online transport companies, providing conditions for the driver to be considered a self-employed worker and an anti-discrimination protocol; the contract called “zero-hours contract” in English; or the “agile” contract introduced in Italy by Law 81/2017, of May 22)³¹. Thus, in Title X of Organic Law 3/2018, of December 5, on the Protection of personal data and guarantee of digital rights, the recognition of the right to digital disconnection is regulated in the framework of the right to intimacy in the use of digital devices in the workplace. It can also continue to use the classic protective parameters of labour law aimed at guaranteeing the rights of workers subjected to intense precariousness as a result of labour digitalisation. In conclusion, it is necessary to regulate all or some of the working conditions and personal rights inherent to workers in digital fields. In this case, what should the procedure be, and who should intervene?

²⁸ San Martín Mazzucconi, C.: “Generalización tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo”, in *Conferencia Nacional Tripartita. El futuro del trabajo que queremos*, Volumen II, OIT y MESS, Madrid (2017) 302.

²⁹ Alemán Páez, F.: “El derecho a la desconexión digital”, *Trabajo y Derecho*, No. 30 (2017) 8.

³⁰ Molina Navarrete, C.: “Derecho y trabajo en la era digital: ¿“Revolución industrial 4.0” o “Economía sumergida 3.0”?”, in *Conferencia Nacional Tripartita. El futuro del trabajo que queremos*, Volumen II, OIT y MESS, Madrid (2017) 421-422.

³¹ Otero Gurruchaga, C.: “El complicado encaje de los trabajadores de la economía colaborativa en el Derecho Laboral: nuevos retos para las fronteras de la laboralidad”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, No. 1 (2018) 74.

In the era of solid law, legal control belonged to the State, which exercised it through its classic instrument: the peremptory norm. In the era of liquid law, this function has been delegated, and strong market players are opposed to the peremptory norm, they do not need it, which causes a notable increase in legal insecurity³². What is certain is that the current transformations require legal devices suited to these systemic transformations and legislative consecrations of new rights, such as digital disconnection. These legal devices would take on the imbalances produced by the technological revolution combined with the implicit explosion of “informationalised psychosocial risks”³³. To this we must add instability and lack of employment. The new forms of business organisation and economic action promoted by technological change and globalisation seek an ideological context which subordinates labour law and employment to the economy, observing a new relationship in which labour standards must serve as economic management instruments³⁴. Immediate protection of workers' rights is essential, and while these protections are becoming law, they can be reflected in collective agreements or other pacts that make collective bargaining the means of protection in the face of these new realities³⁵.

The spaces where labour law is produced have changed. For example, the Nation-State has been passed over as a central piece in lawmaking (by the cession of sovereignty in regional areas such as Europe), but what that brings to those in the interior of the Nation-State are “important shifts of the public regulatory power to social partners”; in turn, incidences of State self-containment are more frequently moving in the opposite direction, that is, in legal provisions that cancel state or collective regulation on important aspects of work, in what is known as deregulation initiatives³⁶. However, no European country has adopted a model for flexibilisation not governed by the State, by labour law, and social partners³⁷. Looking internally at member countries of the European Union, for example in Spain, one observes that “the preponderant figure” in the processes of social agreement is State action, which monopolises the agreed upon regulative processes with social partners. And in this sought-after connection with collective bargaining, we see that another hallmark of identity is the subsidiary role that the system of collective bargaining always occupies in these processes for those considered autonomous³⁸.

When labour law is analysed, it is often conditioned by an ideological bias that views this branch of the legal system as a burden on economic modernization. When the analysis results are on the table, the ideology of technique prevails upon the work,

³² Mercader Uguina, J. R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant Lo Blanch, Valencia (2017) 56.

³³ Alemán Páez, F.: “El derecho a la desconexión digital”, *Trabajo y Derecho*, No. 30 (2017) 8.

³⁴ See Casas Baamonde, M.^a E.: “La eficacia y la eficiencia del derecho del trabajo: reflexiones sobre un derecho cuestionado por la economía y el desempleo”, in *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, No. 15 (2014) 69-88.

³⁵ Moreno Díaz, J. M.: “La negociación colectiva como medio fundamental de reconocimiento y defensa de las nuevas realidades derivadas de la industria 4.0”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, No. 1 (2018) 229 and 233.

³⁶ Baylos Grau, A.: “El futuro de las normas del trabajo que queremos”, en *Conferencia Nacional Tripartita. El futuro del trabajo que queremos*, Vol. II, OIT and MESS, Madrid (2017) 490.

³⁷ Casas Baamonde, M.^a E.: “El Derecho del trabajo ante las nuevas formas de trabajo”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, No. 7 (2015) 712.

³⁸ Baylos Grau, A.: “Diálogo social y negociación colectiva: una narración”, *Revista de Derecho Social*, No. 17 (2002) 204-205.

trying to make it invisible, hiding it behind production relations that, according to this interpretation, would be based on the freedom of workers (self-employed workers)³⁹. The labour test must adapt to the new digital environment, which weakens, alters or distorts the classic marks of labour (especially subordination) and –in the not too distant future –will allow increasingly independent forms of work. They should not necessarily be excluded from the scope of Labour Law when they could not qualify as self-employed either. That is, when these forms of work, although not subordinated in the current sense, maintain the element of alienation –alienated in the sense of taking business risk and not in the sense of mere proportion between work and retribution. As we understand it, these jobs should maintain labour qualification⁴⁰.

Given the important legal challenges posed by technological advances in the workplace, why not continue using the classic protective parameters of the labour Law aimed at guaranteeing the rights of workers subjected to intense precarisation as a result of labour digitalisation? Or aren't these the parameters that have been under consideration by the CJEU to point out a series of anomalies that have put many professional platforms under the suspicion of labour? (O'Connor v. Uber Technologies case of March 11, 2015 / Cotter v. Lyft case, of March 11, 2015 / Aslam v. Uber case, of October 26, 2016 / Case Professional Association Elite Taxi v. Uber Systems Spain, SL, of December 20, 2017)⁴¹. In reality, it is about breaking with that kind of “technological determinism” that invades us, because it is likely that many of the labour definitions and institutions that we have been using can continue to be useful with an appropriate calibration⁴².

Collective bargaining systems were swept away with the crisis, and the advantages of the sectoral collective agreement have been lost. This occurred in Europe since the approval of the Lisbon Treaty, changing an earlier trend that considered social dialogue and collective bargaining essential. And this is happening in our country, with legislative interventions of such importance that can only be explained from a perception of collective bargaining as a mere management tool at the service of business interests. Labour law cannot respond to the challenges of digitalisation and globalisation, nor to the necessity to secure constitutional social rights from the national, state and collective dimensions, without first adapting the instruments, including those of collective self-rule at the supra-national level, raising the level at which national labour law policies are designed. This issue has been raised over a long period of time at community level. What is needed is a “relocation” of labour law and its rules through the creation of levels of supranational decision. In short, some “international standards” of labour rights and rules are required that condition and protect national labour rights,

³⁹ Trillo Párraga, F.: “Trabajo decente y economía digitalizada”, in Mora Cabello de Alba, L. y Rodríguez Fernández, M.^a L. (coords.): *El futuro del trabajo que queremos*, Bomarzo, Albacete (2017) 81.

⁴⁰ Ginès i Fabrellas, A. y Gálvez Duran, S.: “Sharing economy vs. Uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”, *Indret*, No. 1 (2016) 37.

⁴¹ In Spain, in the absence of clear regulation, the courts of first instance are deciding on labor in different directions. See: Judgment of June 1, 2018, Social Court No. 6 of Valencia (Deliveroo); Judgment of September 3, 2018, Social Court No. 39 of Madrid (Glovo); Judgment of January 11, 2019, Social Court No. 17 of Madrid (Glovo); Judgment of February 13, 2019, Social Court No. 33 of Madrid (Glovo); Judgment of February 23, 2019, Social Court No. 1 of Gijón (Glovo); Judgment of May 21, 2019, Social Court No. 24 of Barcelona (Glovo).

⁴² Rodríguez Fernández, M.^a L.: “Plataformas, microworkers y otros desafíos del trabajo en la era digital”, in Mora Cabello de Alba, L. y Rodríguez Fernández, M.^a L. (coords.): *El futuro del trabajo que queremos*, Bomarzo, Albacete (2017) 107.

avoiding their backward movement in the face of insatiable demands for deregulation of labour markets⁴³.

It is true that industrial relations are increasingly “Europeanised”, although the different national systems still preserve their own traits⁴⁴. Therefore, with caution and without pressure, the European Parliament encourages the Commission to regulate new forms of employment in collaboration with social partners “when appropriate”. For example, once the question of Uber drivers’ qualification as employees was resolved, the European Parliament implicitly considers a Directive resulting from social dialogue as the adequate instrument for the regulation of these new forms of employment. The proposal takes an example from the “atypical” Directives and asks the Commission to review different Directives, a revision already partially obliged by the Commission itself in its political guidelines and in the Communication on the European pillar of social rights⁴⁵.

V. CONCLUSIONS

In the case of the digitalisation of the economy, productive reality is so hidden as to leave existing labour relations totally in the shadows, the objective being to eliminate fringe businesses by means of a false sharing economy, leaving legal relations covered with a magical layer of technological-collaborative innovation, and keeping conflict away from the surface. Herein resides the danger of this revolution –more pernicious than fictitious– where the shop window doesn’t let you see the back room, a place where the work of both the employed and the self-employed is stored, hidden from the law. It seems as though we are up against an ethereal establishment-locus, but that implies the existence of a business organisation. There is no strictly defined workplace, but there are people who produce within the scope of an organisation that places its product on the market. So the classic triad repeats itself: intermediary entrepreneur, service provider worker, and consumer, client or user⁴⁶. Is the world of the collaborative economy really so well hidden and so well camouflaged that it becomes inaccessible to existing laws and to future laws? I do not think so. Surely, through a Directive, the rights and obligations of workers in digital work can be regulated.

The European social dialogue is one of the distinctive features of the European social model, which refers as much to the practice of dialogue and bilateral exchange as to a three-way exchange which includes institutions –from early consultation to the final agreements on pacts– passing through the various forms of negotiated legislation. According to the European Economic and Social Council: “social dialogue is bipartite,

⁴³ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “La nueva dimensión del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, No. 2 (2002) 4.

⁴⁴ See in Biagi, M.: “The ‘Quality’ Factor in Community Industrial Relations: Building on the First Report of the European Commission”, en BIAGI, M. (Ed.), *Towards a European Model of Industrial Relations? Building on the First Report of the European Commission*, Kluwer Law International, The Hague (2001) 3-14.

⁴⁵ See the Directives in Casas Baamonde, M.^a E.: “Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas. ¿Hacia un trabajo digno?”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, No. 9 (2017) 875-876.

⁴⁶ There is no other business model that arises in collaborative platforms that create an open market for the temporary use of goods or services often offered by individuals (Communication of the European Commission *A European agenda for the collaborative economy*, COM (2016) 356 final, Brussels, 06-06-2016, pp. 60-61.

between social partners, and is completed by tripartite agreement with European institutions and political bodies, and by various forms of consultation at European and national level”⁴⁷. The protagonism of social dialogue, in which governments and representative organisations of employers and workers are participating, is being reclaimed at precisely this moment. It returns to play a key role in the governance of work, accompanied by political agreement⁴⁸.

Accepting changes in the fundamental nature of labour law requires overcoming untouchable axioms that survive in contemporary economic thought, such as the one that links rigid labour regulations to the delay in recovery from the economic crisis, to rising unemployment, and more currently, to a lack of adaptation of labour regulation to technological changes. Once again, changes in labour legislation are required in order to adapt correctly to the digital economy, although it must be emphasised that this “new regulation” cannot be made without the social partners. It is essential to begin a consensual regulatory process between State actions and the social partners, over such aspects as: a) the new “gray areas” in labour law; b) the use of traditional parameters when facing new legal challenges (the need to maintain guaranteed rights for workers), and; c) the representation of workers, and the collective rights of workers in the digital economy.

The social partners can help create a new regulatory framework through social dialogue, as stated in the proposal presented by ETUC *Resolution on tackling new digital challenges to the world of labor, in particular crowdwork*, 6 November 2017⁴⁹; or on its own initiative, in the way that was done after the German Metalworkers' Union (IG Metall), which gave rise to the Frankfurt Paper on Platform-Based Work. Proposals for platform operators, clients, policy makers, workers, and worker organizations, signed by various unions in Copenhagen, Frankfurt, Seattle, Stockholm, Vienna and Washington, 6 December 2016.

⁴⁷ Section 1.2 of the exploratory opinion of the European Economic and Social Committee on *The structure and organization of social dialogue in the context of an authentic Economic and Monetary Union*, OJ 19-12-2014. In this same opinion, with regard to the challenge of a new governance, precise definitions are adopted, as a reminder of the contribution of the social partners to the Laeken Summit (December 2001): “UNICE / UEAPME, CEEP and the CES stress the importance of distinguishing three types of different activities in which the social partners are involved: 1. the tripartite agreement, which designates exchanges between the social partners and European public authorities; 2. the consultation of the social partners, in order to determine the activities of the advisory committees and the official consultations, in the spirit of Article 137 of the Treaty; 3. the social dialogue that determines the bipartite work of the social partners that derive or not from the official consultations of the Commission based on Articles 137 and 138 of the Treaty» (Section 4.1.1).

⁴⁸ See the Reference Report for the ILO-AICESIS-OKE Conference, November 23 and 24, 2017, on *Social Dialogue and the Future of Work*.

⁴⁹ It expressly states that, “Related to social dialogue, the ETUC adopted a mandate for the next social partners work programme in which we propose to launch a negotiation on digitalisation with European employers organisations. The ball is now in their camp. For online platforms, the ETUC and the ETUI are willing to create a framework of (social) dialogue between unions and online platforms through the upcoming “Sharers and workers” initiative. It is also of utmost importance for EU institutions to launch a European debate on the policy framework for digitalisation with all relevant stakeholders, in particular social partners. Setting up a European digital agency as a pluralist expert and stakeholder capacity to shape fair digitalisation with social partners involvement would be a step in the right direction”.



Recibido: 14.06.2019. Aceptado: 11.09.2019

Declaração do centenário da Organização Internacional do Trabalho e a proteção do trabalhador digital no paradigma da fraternidade

Centennial Declaration of the International Labor Organization and the protection of the digital worker in the fraternity paradigm

Luciane Cardoso Barzotto

Pós-Doutora em Direito

Universidade de Edimburgo

Professora de Direito do Trabalho no Programa de Pós Graduação em Direito

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil)

lucicard@terra.com.br

Maíra Brecht Lanner

Mestre em Direito

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil)

maira.lanner@gmail.com

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1428-641X>

RESUMO

As inovações tecnológicas permitiram alterar formas de comunicação, modos de criação e formas de trabalho. Conceitos como indústria 4.0, economia do compartilhamento, *gig economy* e plataforma do trabalho trazem um novo paradigma produtivo que se expressa por meio da digitalização. O objetivo deste estudo é identificar em que medida a Constituição da OIT é atual, no presente cenário, e se ela é um vetor de proteção ao trabalhador, no paradigma da fraternidade no mundo do trabalho. Conclui-se que o Direito Internacional, na figura da Constituição da OIT, emendada em 2019 pela Declaração do Centenário, é uma diretriz de proteção normativa do trabalhador digital. Desnecessária uma nova estrutura para o Direito do Trabalho, mas sim uma adaptação no seu funcionamento para que comporte o trabalhador digital, mantendo a essência protetiva da disciplina.

PALAVRAS-CHAVES: trabalho em plataforma, crowdwork, trabalhador digital, fraternidade, OIT.

ABSTRACT

Technological innovations allowed us to change forms of communication, ways of creation and ways of working. Concepts such as industry 4.0, sharing economics, gig economy and work platform bring a new productive paradigm that is expressed through digitization. The aim of this study is to identify to what extent the ILO Constitution is current in the present scenario and if it is a vector of worker protection in the fraternity paradigm in the world of work. It is concluded that International Law, in the figure of the ILO Constitution, amended in 2019 by the Centennial Declaration, is a guideline for the normative protection of the digital worker, and it is not necessary a paradigm change or a new structure for Labor Law, but rather an adaptation in its operation to cover the digital worker, maintaining the protective essence of the discipline.

KEYWORDS: working on platform, crowdwork, digital worker, fraternity, ILO.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO

II. DIGITALIZAÇÃO DO TRABALHO

A. PLATAFORMA DIGITAL DE TRABALHO

B. SUBORDINAÇÃO, AUTONOMIA E PARASSUBORDINAÇÃO

III. A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E A FRATERNIDADE CONTIDA NO PREÂMBULO DA SUA CONSTITUIÇÃO

IV. CONCLUSÃO

I. INTRODUÇÃO

Uma das transformações mais proeminentes no mundo do trabalho durante a última década é o surgimento de plataformas de trabalho digital e mesmo a possibilidade de conexão que o trabalho digital traz ao empregado que utiliza celulares e conexão com a internet. Algumas dessas plataformas de mão de obra digital são web-based – termo utilizado em referência a sistemas que podem ser operados a qualquer hora e em qualquer lugar, desenvolvidos totalmente em plataforma WEB/Internet–, disponibilizando tarefas para uma multidão de trabalhadores ou atribuindo o serviço diretamente a indivíduos. Nesse tipo de plataforma, o trabalho é dividido em microtarefas que são “leiloadas” entre os trabalhadores cadastrados na plataforma (como a Prolific¹). Outras plataformas de mão de obra digital são local-based (baseadas em localização) ou app-based (baseada em aplicativo), em que a maioria das tarefas é dada a indivíduos. Serviços de transporte (como Uber² e Cabify³), limpeza (como a Parafuzo⁴) e entregas (como a ifood⁵) são exemplos de plataformas de trabalho digital.

No desempenho de suas atividades, o trabalhador interage com a tecnologia, e em algumas situações suas atividades laborais só são executadas em razão da existência dessa tecnologia, que pode trazer flexibilização de direitos e desestruturação do mundo do trabalho. É preciso desenvolver estratégias para adaptar o âmbito de aplicação da legislação laboral de modo a refletir as condições de um mundo do trabalho digital. Diante dessa realidade, questiona-se se o Direito Internacional seria uma das formas para garantir a proteção normativa do trabalhador. Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é identificar em que medida a Constituição da OIT é atual, no presente cenário, e se ela é um vetor de proteção ao trabalhador, no paradigma da fraternidade no mundo do trabalho. O paradigma da fraternidade no mundo do trabalho busca inspiração na tríade da Revolução Francesa para garantir um regramento laboral que observe a liberdade, a igualdade e a fraternidade, a qual atua como uma espécie de balança e síntese dos outros dois princípios a fim de garantir a justiça social tão buscada em matéria social.

II. DIGITALIZAÇÃO DO TRABALHO

¹ A Prolific é uma plataforma que recruta trabalhadores para realizar pesquisas online. O marketing do site segmenta especificamente pesquisadores e startups acadêmicos como clientes em potencial. Para mais informações sobre a plataforma Prolific, acesse: <<https://prolific.ac/>>.

² A Uber é uma plataforma que recruta trabalhadores para realizar transporte de pessoas. Para mais informações sobre a plataforma Uber, acesse: <<https://www.uber.com/br/pt-br/>>.

³ A Cabify é uma plataforma que recruta trabalhadores para realizar transporte de pessoas. Para mais informações sobre a plataforma Cabify, acesse: <<https://cabify.com/pt-BR>>.

⁴ A Parafuzo disponibiliza, por meio de seu sítio na internet ou aplicativo para smartphones, um canal de intermediação para contratação de serviços de manutenção e reforma de espaços residenciais e comerciais, incluindo serviços de limpeza, pintura, elétrica e hidráulica, prestados por terceiros inscritos no banco de credenciados da plataforma. Cf. <<https://parafuzo.com/termos-de-uso>>.

⁵ A ifood é uma plataforma que conecta restaurantes, clientes e entregadores. O usuário seleciona um restaurante e faz seu pedido. O restaurante recebe o pedido e prepara a refeição. O trabalhador digital, nesse caso o entregador, recebe o aviso para transportar a refeição do restaurante até o cliente usuário do aplicativo. Para mais informações sobre a plataforma ifood, acesse: <<https://www.ifood.delivery/br/sobre>>.

Novas realidades no mundo do trabalho envolvem conceitos da indústria 4.0, da economia do compartilhamento, da *gig economy* e da plataformização do trabalho. Essas mudanças de paradigma produtivo se expressam no termo *digitalização*. O trabalho relacionado com a digitalização é “[...] o trabalho em plataformas, a economia colaborativa, o trabalho integrado, que origina uma mudança de valores e de novos compromissos sociais”⁶.

Hoje é possível notar o surgimento de uma nova onda de avanço tecnológico, a indústria digital. Em 2012 inicia-se na Alemanha o movimento que forneceria os contornos do que seria a quarta revolução industrial, também conhecida como Indústria 4.0. Esse nome foi dado pelo governo alemão para o desenvolvimento do seu programa de fábricas inteligentes, versáteis e eficientes, apoiadas na computação, na automação e na conectividade⁷.

A quarta revolução industrial tem como características a velocidade de transformação, a amplitude e profundidade da mudança tecnológica, além do impacto sobre os sistemas, como explica Schwab:

Velocidad: Al contrario que las anteriores revoluciones industriales, esta está evolucionando a un ritmo exponencial, más que lineal. Este es el resultado del mundo polifacético y profundamente interconectado en que vivimos, y del hecho de que la nueva tecnología engendra, a su vez, tecnología más nueva y más poderosa.

Amplitud y profundidad: Se basa en la revolución digital y combina múltiples tecnologías que están llevando a cambios de paradigma sin precedentes en la economía, los negocios, la sociedad y las personas. No solo está cambiando el «qué» y el «cómo» hacer las cosas, sino el «quiénes somos».

Impacto de los sistemas: Se trata de la transformación de sistemas complejos entre (y dentro de) los países, las empresas, las industrias y la sociedad en su conjunto.⁸

Nas empresas e fábricas do século XX a automação já tinha dado um grande salto. Era possível e viável, por exemplo, pintar um carro de azul e outro de vermelho, mas ainda assim era necessário que um trabalhador realizasse a troca da tinta, o que envolvia a limpeza do equipamento. Logo, havia risco para a saúde do trabalhador e impacto ambiental em razão dos compostos químicos da coloração. Já com a utilização de computadores e robôs, esse processo está sendo revolucionado. O computador comanda a troca de tinta pelos robôs, que é feita de forma mais rápida, e pode-se produzir carros de cores diferentes na mesma linha de produção, não expondo mais o trabalhador ao risco de trabalhar em uma cabine de pintura.

Em um mundo conectado e repleto de computadores, a produção de pequenos lotes de produtos personalizados reduz distâncias, estoques e custos de produção e gestão. Não é

⁶ Coelho Moreira, T.; “Algumas questões sobre trabalho 4.0”, em Ramos de Medeiros, B. (coord.); *O Mundo do trabalho em movimento e as recentes alterações legislativas: um olhar luso-brasileiro*. LTr. São Paulo. 2018, p. 192.

⁷ Pereira Oliveira Neto, C.; *Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação*. LTr. São Paulo. 2018, p. 26.

⁸ Schwab, K.; *La cuarta revolución industrial*. Barcelona. Debate. 2016, p. 9.

preciso montar grandes fábricas, pois a produção pode ser descentralizada, e células isoladas operam como uma rede integrada, automatizada e com fluxo de produção otimizado, aumentando a eficiência e mudando a relação entre fornecedores, produtores e clientes.

As novas tecnologias estão permitindo grandes ganhos de produtividade e enorme dinamismo em toda a cadeia de produção. A gestão de estoque e a logística de distribuição são agora mais ágeis e eficientes, o que demanda trabalhadores mais qualificados, capazes de utilizar essas tecnologias e ainda criar outras soluções. A indústria 4.0 é um sistema autônomo, em que há eliminação da centralização do planejamento, do controle, das decisões que são ligadas ao consumo. Trata-se de uma iniciativa de orientação das políticas industriais em que a indústria passa a se comunicar entre si, como se verifica pela Internet das Coisas⁹. As coisas, os objetos, as pessoas, os processos, todos se comunicam com uma certa autonomia.

Segundo a agenda brasileira para a Indústria 4.0¹⁰, a quarta revolução industrial se caracteriza por um conjunto de tecnologias que permitem a fusão do mundo físico, digital e biológico, como a Manufatura Aditiva, a Inteligência Artificial, a Internet das Coisas, a Biologia Sintética e os Sistemas Ciber-Físicos. Essas tecnologias representam um salto evolutivo em termos de automação. As novas máquinas e robôs podem ser ainda mais integrados, é como se conversassem entre si, dando seguimento às operações sem a participação dos trabalhadores. Tudo pode ser comandado por computadores que, até mesmo, conectam a produção de uma fábrica com outra, em diversos lugares e até mesmo países diferentes. É possível integrar completamente uma enorme cadeia de produção, em que cada empresa produz uma parte específica de um produto, como as peças de um avião, por exemplo. Para tanto, são necessárias redes de comunicação sem fio e entre máquinas, a digitalização da informação, o desenvolvimento de sensores, robôs inteligentes, impressoras 3D, coleta e análise de uma vasta quantidade de dados (*big data*) e a computação em nuvem¹¹. Os novos robôs autônomos realizam serviços complexos, mais flexíveis e cooperativos.

⁹ A Internet das Coisas é um conceito que abrange a conexão de máquinas, produtos, sistemas e pessoas por meio da internet, que interagem e se integram permitindo a união e análise de dados de toda a cadeia de interação. Logo, a IoT possibilita identificar problemas de forma antecipada, permitindo processos mais rápidos, flexíveis e eficientes para a produção de bens de alta qualidade a custos reduzidos. (Rifkin, J.; *Sociedade com custo marginal zero*. M. Books do Brasil Editora. São Paulo. 2016, p. 25).

¹⁰ A Agenda brasileira para a Indústria 4.0 assim conceitua as novas tecnologias: (1) Manufatura Aditiva ou Impressão 3D é a adição de material para fabricar objetos, formados por várias peças, constituindo uma montagem; (2) Inteligência Artificial é um segmento da computação que busca simular a capacidade humana de raciocinar, tomar decisões, resolver problemas, dotando softwares e robôs de uma capacidade de automatizarem vários processos; (3) Internet das Coisas representa a possibilidade de que objetos físicos estejam conectados à internet podendo assim executar de forma coordenada uma determinada ação; (4) Biologia sintética é a convergência de novos desenvolvimentos tecnológicos nas áreas de química, biologia, ciência da computação e engenharia, permitindo o projeto e construção de novas partes biológicas tais como enzimas, células, circuitos genéticos e redesenho de sistemas biológicos existentes; (5) Sistemas Ciber-Físicos sintetizam a fusão entre o mundo físico e digital, dentro desse conceito, todo o objeto físico (seja uma máquina ou um linha de produção) e os processos físicos que ocorrem, em função desse objeto, são digitalizados (Ministério da Indústria, Comércio e Serviços; *Agenda Brasileira para a Indústria 4.0*. Disponível em: <<http://www.industria40.gov.br/>> (data de consulta em 14 de junho de 2019)).

¹¹ A computação em nuvem não se resume a arquivos que podem ser armazenados na internet. Trata-se da utilização de grandes servidores, que ficam fora das empresas, para processar todo tipo de dados, inclusive para controlar máquinas e equipamentos. Dados da máquina, que antes ocupavam espaço da memória do computador e limitavam suas funcionalidades, são cada vez mais mobilizados para a nuvem,

A indústria 4.0 é o cenário da chamada *gig economy*, em que de um lado temos trabalhadores e, de outro, empresas que contratam estes trabalhadores para atividades pontuais. A *gig economy* abrange duas formas principais de trabalho: *crowdwork* e o trabalho sob demanda via aplicativos¹². O *crowdwork* é o trabalho prestado mediante intermediação da mão de obra *online*, refere-se à fragmentação da prestação de serviços em diferentes atividades, cada qual realizada por um trabalhador diferente¹³. Dessa forma, a conclusão do serviço depende de uma série de tarefas desenvolvidas por diferentes profissionais, não necessariamente oriundos da mesma empresa. Ocorre a descentralização produtiva, em que as empresas dedicam seu negócio à criação de uma plataforma virtual para conectar clientes potenciais com uma pessoa individual que realize a prestação de serviço demandada¹⁴.

No *crowdworking*, por meio de plataformas da internet, as empresas oferecem trabalhos (*crowdsourcing*), que podem ser assumidos por membros registrados da plataforma, os *crowdworkers*. Pode tratar-se de microtarefas, como produção de texto ou categorização de dados, mas também de tarefas de vulto, como programação. As empresas não necessitam mais de trabalhadores fixos, então buscam na rede social soluções a baixo custo, como os *crowdworkers*, que podem trabalhar como quiserem, em qualquer lugar e a qualquer hora.¹⁵

Conceituado o *crowdworking*, há que se estabelecer a diferenciação com o teletrabalho positivado na legislação trabalhista brasileira. Conforme ressaltam Zipperer e Villatore,

[No] teletrabalho, por definição, o contrato entre contratante e contratado se dá de forma direta, seja mediante subordinação ou não, naquele [*crowdworking*] há a intermediação de uma plataforma *on line* que permite inclusive, que ambos sequer deixem de ser identificados ou tenham contato direto (no caso do *crowdworking on line*).¹⁶

O trabalho sob demanda via plataformas canaliza a prestação de serviços por meio de aplicativos gerenciados por empresas, as quais intervêm nos padrões de qualidade de

dando agilidade e versatilidade à produção. Os funcionários, fornecedores e clientes da empresa podem acessar em tempo real todas as informações, o que aumenta a eficiência dos processos de gestão e de produção. No entanto, em operações conectadas nessa escala, há muitos riscos ligados à quebra de segurança (a exemplo de hackers e espionagem industrial), pois todos os dados estão na internet. Logo, a segurança cibernética é uma grande preocupação da indústria 4.0.

¹² Stefano, V. de; *The rise of the “just-in-time workforce”: on-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”*. Geneva. ILO. 2016, p. 1; disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf> (data de consulta em 14 de julho de 2019).

¹³ Gonçalves Zipperer, A.; Antônio Cesar Villatore, M.; “Lei 13.467/2017 (denominada de reforma trabalhista), o teletrabalho e a prestação de serviço através da intermediação de mão de obra a partir de plataformas eletrônicas (*crowdworking*)”, em Stürmer, G.; Amaral Dorneles de Dorneles, L. (coord.); *Reforma trabalhista na visão acadêmica*. Verbo Jurídico. Porto Alegre. 2018, p. 137.

¹⁴ Todolí Signes, A.; “El impacto de la *uber economy* en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IUSLabor*. 2015. n. 3, pp. 3-4.

¹⁵ Um exemplo de *crowdworking* no Brasil é o Crowdrio, uma iniciativa da Telefonica OpenFuture e do Parque Tecnológico da UFRJ que visa estimular o desenvolvimento de novos negócios de base tecnológica, oferecendo suporte para que ideias virem empreendimentos por meio da cooperação e inovação conjunta.

¹⁶ Gonçalves Zipperer, A.; Antônio Cesar Villatore, M.; *op. cit.*, p. 137.

serviço e na seleção e gestão da força de trabalho¹⁷. Diante dessa nova realidade, o Direito deve buscar entendimentos e soluções coerentes com a inovação e, acima de tudo, garantidoras da dignidade do ser humano imerso nesse contexto.

Conforme parecer do Comitê Econômico e Social Europeu sobre os efeitos da digitalização no setor dos serviços e no emprego no âmbito das mutações industriais,

A digitalização é, sem dúvida, uma das evoluções mais dinâmicas do nosso tempo, na qual as oportunidades e riscos se entrelaçam estreitamente. [...] Até à data, não se conhecem completamente os efeitos que esta evolução tem no emprego, nem é possível prevê-los com precisão. Por conseguinte, têm aumentado os receios quanto à diminuição das taxas de emprego, ao mesmo tempo que continua a haver uma inadequação das competências nos mercados de trabalho da UE. Nesta situação, é essencial que haja uma colaboração construtiva e uma maior sensibilização dos principais intervenientes, ou seja, os governos e os parceiros sociais¹⁸.

A digitalização do trabalho com o uso das novas tecnologias tem efeitos positivos na vida do trabalhador, como permitir horários de trabalho flexíveis. As ferramentas de comunicação à distância permitem, inclusive, a prestação de serviços de forma não presencial, como o teletrabalho, em que “[...] o escritório tradicional cede espaço ao escritório virtual, e ao trabalhador propicia-se a ampla oportunidade de trabalhar em qualquer parte do mundo [...]”¹⁹. A digitalização promete impulsionar a produtividade podendo gerar um “dividendo da digitalização”, mas também pode provocar a redução de oportunidades para trabalhadores com menor qualificação –ou mesmo a dispensa em razão da substituição da mão de obra por soluções tecnológicas, como robôs e inteligência artificial–, o que implica o aumento do desemprego e um aumento ainda maior da desigualdade social.

A. PLATAFORMA DIGITAL DE TRABALHO

A sociedade está se digitalizando, o que provoca uma transformação da economia. Surgem novos modelos empresariais vinculados a uma ideia de compartilhamento ou colaboração, em que plataformas digitais facilitam a troca de informações “e criam um mercado aberto para a utilização temporária de bens ou serviços, muitas vezes prestados por particulares”²⁰. A tendência de propriedade e acumulação de bens e capital dá lugar, progressivamente, à tendência de acesso a bens, possibilitando o compartilhamento de recursos, ideia que permeia a linha de pensamento de Rifkin²¹.

¹⁷ Stefano, V. de; *op. cit.*, p. 3.

¹⁸ Comitê Econômico e Social Europeu; “Efeitos da digitalização no setor dos serviços e no emprego no âmbito das mutações industriais (parecer exploratório)”, em: *Jornal Oficial da União Europeia*, C 13, 15 jan. 2016, p.1; disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52015AE0765>> (data de consulta em 14 de junho de 2019).

¹⁹ Agra Belmonte, A.; *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*. 2. ed. LTr. São Paulo. 2014, p. 20.

²⁰ Comissão Europeia; *Uma agenda europeia para a economia colaborativa*. Bruxelas. 2016, p.3; disponível em <<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/16881/attachments/2/translations/pt/renditions/native>> (data de consulta em 14 de junho de 2019).

²¹ Rifkin, Jeremy; *op. cit.*, p. 20.

Nessa nova economia, surgem aplicativos para telefones celulares, oferecendo-se como uma plataforma de conexão entre quem precisa de um determinado serviço e quem está disposto a prestar esse serviço. Cita-se o exemplo do aplicativo Uber, por meio da qual motoristas podem se conectar a passageiros em potencial. Ainda a título de exemplo, cita-se o aplicativo Parafuzo, que conecta diaristas previamente selecionadas a pessoas interessadas em contratar um profissional para realizar a limpeza de suas residências ou ambientes empresariais.

Segundo a Comissão Europeia, em comunicado de junho de 2016 dirigido ao Parlamento Europeu, são três as categorias de intervenientes na economia colaborativa:

(i) os prestadores de serviços que partilham os ativos, os recursos, a disponibilidade e/ou as competências — podem ser particulares que oferecem serviços numa base esporádica («pares») ou prestadores de serviços que atuam no exercício da sua atividade profissional («prestadores de serviços profissionais»); (ii) os utilizadores desses serviços; e (iii) os intermediários que — através de uma plataforma em linha — ligam prestadores de serviços e utilizadores, facilitando as transações recíprocas («plataformas colaborativas»)²².

Os “intermediários” a que se refere a Comissão Europeia não são os intermediários tradicionais, como um supermercado, por exemplo. Este se coloca como um agente econômico autônomo, um verdadeiro terceiro entre o produtor e consumidor, com uma ação própria. As plataformas da *gig economy* são mediadores, no sentido de que conectam “diretamente” produtores e consumidores. Utilizando a metáfora da linguagem, o intermediário tradicional entra no processo comunicativo como um terceiro falante, ao passo que o novo intermediário (mediador) se assemelha à própria linguagem, um código que conecta diretamente dois falantes.

As plataformas podem ser uma nova forma de prestação de serviço, geração de ocupação e renda. Esse modelo de economia colaborativa “gera novas oportunidades [...], podendo dar um importante contributo para a criação de empregos, de regimes de trabalho flexíveis e de novas fontes de rendimento”. No entanto, aspectos negativos também podem ser observados, como a diluição da distinção entre trabalhador por conta de outrem e trabalhador por conta própria²³.

Scholz questiona o modelo de propriedade para a Internet trazido pela economia colaborativa e sugere as plataformas de cooperativismo, as quais podem revigorar as verdadeiras cooperativas por meio da reorganização de espaços coletivos, tornando a remuneração mais equânime entre os verdadeiros sócios, resgatando os princípios da liberdade e da igualdade. Para Scholz²⁴, o conceito de cooperativismo de plataforma tem três partes: aceita-se a tecnologia da plataforma, mas revisa-se a noção de propriedade, de uma propriedade privada para uma propriedade social, o que leva a cooperativa a se organizar em bases solidárias, na qual o lucro privado não é visto como a meta exclusiva da atividade econômica. Com isso, os conceitos de propriedade, inovação e eficiência recebem um novo significado no cooperativismo de plataforma.

²² Comissão Europeia; *op. cit.*, p. 3.

²³ Coelho Moreira, T.; *op. cit.*, pp. 195-196.

²⁴ Scholz, T.; *Cooperativismo de plataforma: contestando a economia do compartilhamento corporativa*. Fundação Rosa Luxemburgo. São Paulo. 2016, pp. 22-23.

Como exemplo de uma plataforma de cooperativismo, Scholz cita a canadense Stocksy²⁵, uma cooperativa de artistas para a formação de bancos de fotografias, que acredita no compartilhamento justo de lucros e na copropriedade. Nessa plataforma os artistas possuem a copropriedade do site por meio do qual eles estão distribuindo suas criações. Os artistas se candidatam a membros da plataforma e, quando aceitos, licenciam imagens e recebem 50% da comissão de vendas, bem como uma divisão dos lucros no final do ano. Outro exemplo é a Loconomics²⁶, uma cooperativa de profissionais autônomos que, por meio do aplicativo, ajudam outros profissionais a encontrarem clientes, sem a necessidade de intermediários. A Loconomics é uma plataforma de propriedade compartilhada, todo profissional cadastrado no aplicativo tem direito a voto na eleição do conselho da empresa. Ainda, os lucros gerados pela plataforma Loconomics são distribuídos entre os profissionais cadastrados, proporcionalmente à sua participação na geração de lucros.

As facilidades proporcionadas pelo uso das tecnologias para o trabalho são evidentes, porém nem todos os efeitos são positivos. Delgue²⁷ cita alguns impactos negativos, como a exigência de produtividade e o prolongamento de horário, consequências da possibilidade de conexão instantânea e disponibilidade ininterrupta do trabalhador. Ainda, o emprego das tecnologias pode abrir caminho para a informalidade, visto a incerteza sobre a classificação dessa nova massa de trabalhadores de plataforma em relação ao trabalho subordinado ou autônomo.

Rifkin²⁸ aponta outra consequência que parece estar ocorrendo em razão do emprego das tecnologias: a desvinculação entre produtividade e emprego. Na opinião do autor, o aumento da produtividade está representando a eliminação (parcial) do emprego, cuja consequência possível é o fim da mão de obra em massa assalariada no setor de manufatura e serviços, e o fim do trabalho profissional especializado em grande parte das áreas do conhecimento:

Automação, robótica e inteligência artificial estão eliminando o trabalho humano rapidamente tanto no setor de serviços quanto no de manufatura e logística. Secretárias, arquivistas, telefonistas, agentes de viagens, caixas de banco e inúmeras outras atividades tendem a desaparecer à medida que a automação leva o custo marginal de mão de obra para próximo de zero²⁹.

Dados de 2016 do Comitê Econômico e Social Europeu³⁰ registram um aumento considerável do trabalho por conta própria, sobretudo em setores de serviços baseados em Tecnologia da Informação e da Comunicação (TIC), nos meios de comunicação e nos serviços administrativos e de apoio. O Comitê prevê que práticas de terceirização, como o *crowdsourcing*, impliquem o crescimento do trabalho por conta própria, especialmente devido à concorrência por oportunidades de trabalho em plataformas

²⁵ Para mais informações sobre a Stocksy, acesse: <<https://www.stocksy.com/service/about>>.

²⁶ Para mais informações sobre a Loconomics, acesse: <<https://loconomics.com/pages/about>>.

²⁷ Raso Delgue, Juan; “América Latina: El impacto de las tecnologías en el empleo y las reformas laborales”, em: Mendizábal Bermúdez, Gabriela (coord.). *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Modena (Itália). 2018. v. 6. n. 1. pp. 6-37, jan./mar, p.15; disponível em <http://adapt.it/wp/wp-content/uploads/2018/03/revista_n1_2018_def.pdf> (data de consulta em 14 de junho de 2019).

²⁸ Rifkin, Jeremy; *op. cit.*, p. 159.

²⁹ Rifkin, Jeremy; *op. cit.*, p. 153.

³⁰ Comité Económico e Social Europeu; *op. cit.*, p. 166.

digitais e à valorização que os trabalhadores dão para a flexibilidade proporcionada por estas condições de trabalho.

Com o aumento da competição global entre os candidatos a emprego nas plataformas de *crowdworking*, o Comitê Econômico e Social Europeu³¹ teme que haja um incremento no número de ofertas de trabalho provenientes de regiões caracterizadas por baixos níveis de proteção social. O trabalho realizado por meio de plataformas revela especial fragilidade nesse contexto, visto que a relação laboral estabelecida entre as partes envolvidas ainda não é clara. A exemplo dos motoristas de aplicativo, não se sabe se o condutor de um veículo privado –que pode ser alugado via plataforma digital– é um trabalhador por conta própria ou um trabalhador por conta de outrem. Sendo a segunda hipótese, questiona-se se é por conta do passageiro ou da plataforma, e a resposta ainda não é clara. Diante dessa situação, tem-se um desafio jurídico: a pessoa não pode ser enquadrada em nenhuma das categorias jurídicas de trabalhador existentes, nem a ela são aplicáveis os acordos coletivos das categorias de trabalho. É necessário adaptar o âmbito de aplicação da legislação trabalhista no contexto do trabalho digital. De forma a inibir práticas de trabalho degradantes, é imperativo que os governos locais, em diálogo com a sociedade, construam soluções adequadas para garantir condições de trabalho justo e inclusivo para os trabalhadores e trabalhadoras de plataforma.

B. SUBORDINAÇÃO, AUTONOMIA E PARASSUBORDINAÇÃO

A transformação da sociedade afeta o Direito do Trabalho. Diante desse contexto, Fernandez Brignoni propõe que existam três formas de lidar com novos fenômenos: a mudança de paradigma da disciplina, a mudança na estrutura do Direito do Trabalho e a mudança no seu funcionamento.³² O autor descarta as duas primeiras opções porque as considera uma regressão prejudicial à essência do juslaborismo, uma vez que o Direito do Trabalho é uma disciplina protetiva. Logo, deve-se optar pela mudança no funcionamento da lei trabalhista, começando-se pela análise da subordinação.

Como afirma Muñoz García, a subordinação vem se flexibilizando, de modo que o trabalho subordinado já não é incompatível com certo grau de autonomia e, em alguns casos, com uma autonomia bastante ampla. Logo, esse modelo “flexível” tem como característica principal uma menor dependência, uma subordinação atenuada. Para exemplificar tal afirmação, o autor refere que a Uber e demais empresas que desenvolvem modelo de negócios similar sustentam que os trabalhadores laboram de forma autônoma, contando com total liberdade para determinar o volume de trabalho, bem como a carga horária.³³

O trabalhador da era digital possui maior liberdade e autonomia? Nesse sentido, cabe questionar se este trabalhador estaria regido por regras gerais de trabalhadores autônomos, se deveria ser considerado trabalhador subordinado –apesar das

³¹ Comité Económico e Social Europeu; *op. cit.*, p. 166.

³² Fernandez Brignoni, H.; “Las empresas de aplicaciones tecnológicas y el fenómeno ‘Uber’. La llamada ‘economía disruptiva’ ”, em: *Derecho Laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*. Montevideo. 2016. n. 261. pp. 33-50, p. 44.

³³ Muñoz García, B.; “Uber, la subordinación y las fronteras del Derecho del Trabajo. Algunas ideas para delimitar”, em: *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Santiago. 2018. v. 9. n. 17. pp. 13-40, p. 25-27.

peculiaridades da relação de trabalho digital– ou se teria uma categoria própria, a qual Barzotto e Cunha³⁴ denominam “colaborativa”. Para os referidos autores, essa nova configuração de trabalho deve ser regulada de forma que “atenda os anseios inovadores deste trabalhador e as necessidades produtivas do setor, mas garanta o aspecto econômico e moral do trabalho”³⁵. Apontam, ainda, que já há no Direito a concretização dessa demanda: no direito alemão temos a figura do quase-assalariado, no direito espanhol, o trabalhador autônomo economicamente dependente, e no direito italiano, o parassubordinado³⁶.

Conforme Silva, o trabalho parassubordinado é uma relação de natureza contínua, em que a atividade do trabalhador é necessária para que o tomador atinja “[...] os fins sociais ou econômicos que persegue. Os resultados produtivos da atividade do colaborador devem se unir aos da atividade do próprio tomador dos serviços [...]”³⁷. O trabalho parassubordinado se assemelha ao trabalho subordinado, ao mesmo tempo em que vai além do conceito de trabalho autônomo. Semelhante é o pensamento de Dennis Amanthéa, destacando o conceito de trabalho parassubordinado conforme segue:

[...] um contrato de colaboração coordenada e continuada, em que o prestador de serviços colabora à consecução de uma atividade de interesse da empresa, tendo seu trabalho coordenado conjuntamente com o tomador de serviços, numa relação continuada ou não-eventual³⁸.

Para Winter, a tecnologia traz essa nova subordinação, uma vez que o trabalhador “[...] fica apenas indiretamente ligado ao empregador, passando a existir a chamada ‘parassubordinação’ [...], quando ocorre a distância, de maneira menos acentuada que a dos contratos de trabalho normais”³⁹. A evolução do trabalhador comum para o trabalhador digital, de maneira resumida, pode ser exemplificada pela ilustração a seguir:

³⁴ Cardoso Barzotto, L. e Stocker Pereira da Cunha, L.; “As inovações tecnológicas e o direito laboral: breves considerações”, em: Martini, Sandra Regina; Jaeger Júnior, Augusto e Dider Reverbel, Carlos Eduardo (org.). *Movimento entre os saberes: a transdisciplinaridade e o direito*. Porto Alegre. RJR. 2017. v. 1, pp. 275-284, p. 280.

³⁵ *Ibidem*, p. 280.

³⁶ *Ibidem*, p. 280.

³⁷ Pinto e Silva, O., *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo. LTr. 2004, p. 57.

³⁸ Veloso Amanthéa. D., *A evolução da teoria da parassubordinação: o trabalho a projeto*. São Paulo. LTr. 2008, p. 19.

³⁹ Loureiro Winter, V. R., *Teletrabalho: Uma forma alternativa de emprego*. São Paulo. LTr. 2005, p. 52.



Fonte: Brecht Lanner, M.; Trabalho decente em meio ambiente digital.

Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2019, p. 50.

Para Todolí Signes⁴⁰, a tecnologia está transformando a forma de organização das empresas e está fazendo surgir uma nova modalidade de negócio, em que colocar o cliente em contato direto com o prestador de serviço individual passa a ser mais relevante do que contar com um trabalhador subordinado.

Nesse ponto, o professor Molina Navarrete⁴¹ coloca a necessidade de um Direito do Trabalho que inclua novas formas participativas de desenvolvimento e que os trabalhadores tenham compensações justas nesses novos desafios digitais. Para o professor, estamos assistindo apenas a mais uma fase do capitalismo que se transforma.

⁴⁰ Todolí Signes, A.; *op. cit.*, p.3.

⁴¹ Molina Navarrete, C.; “‘Esencia’ y ‘existencia’ de las relaciones de trabajo y de su derecho en la ‘era digital’: ¿y si el ‘futuro’ estuviera en ‘lo clásico’? Al maestro J. Vida Soria, in memoriam”, em: *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. 2019. v. 432 (março). pp. 5-27, p.7; disponível em: <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/1-Editorial_MolinaNavarrete_mar2019_c.pdf> (data de consulta em 14 de junho de 2019).

No mesmo sentido, a Confederação Europeia de Sindicatos⁴² faz sugestões de como as empresas poderiam trabalhar esses novos enfoques do mundo do trabalho digital para que os custos de transação beneficiem tanto a empresários como trabalhadores. Ainda há que se refletir que o Direito do Trabalho, que na essência nasceu para proteger o trabalhador subordinado, deve se readaptar para garantir a sua própria existência, ampliando o leque de proteção em uma reinvenção permanente.

Na doutrina se especula sobre a necessidade de proteção de uma nova vulnerabilidade do trabalhador, a vulnerabilidade tecnológica. Segundo Oliveira e Dornelles⁴³, o trabalhador, por depender economicamente do empregador para a sua própria sobrevivência, está em situação de vulnerabilidade. Essa vulnerabilidade pode ser negocial –o trabalhador tem dificuldades para impor seus interesses em situações negociais–, social –em razão do papel desempenhado pelo trabalhador no espaço produtivo, este encontra-se em posição vulnerável em relação ao capital–, e hierárquica –há subordinação do trabalhador às ordens do empregador–. Para o Direito do Trabalho, a vulnerabilidade é o elemento que torna o trabalhador a parte mais frágil da relação, fazendo-se necessária a sua proteção sistemática por parte do ordenamento jurídico.

Há autores, como Aguiar⁴⁴, que entendem que haveria uma nova necessidade de regulamentação do trabalho digital, e outros, como Molina Navarrete⁴⁵, que interpretam

⁴² “La CES anima a: a) los comités de empresa europeos (CEE) y los representantes de los trabajadores en general y dentro de los consejos de administración en particular, a que controlen de cerca la subcontratación externa para asegurar que se cumplan plenamente las condiciones normales de trabajo y los salarios estipulados en los acuerdos. Es necesario supervisar, desde el principio, las nuevas prácticas comerciales en el campo digital y la introducción de las nuevas TIC. En algunos países, es evidente que el número de convenios de empresa aumenta rápidamente. En otros casos, estas actividades apenas comienzan. Cuestiones espinosas que ya se plantean desde hace tiempo, como la duración excesiva de la jornada laboral, el estrés, las competencias digitales y el desequilibrio de la vida privada y la vida profesional empeoran. Es absolutamente necesario abordar estos temas. b) las Federaciones Sindicales Europeas (FSE) deben explorar activamente medios para negociar acuerdos transnacionales de empresa (ATE) sobre digitalización, asegurándose que se establecen normas comunes y se respetan en el conjunto de la empresa y la cadena de valor, que incluye, por ejemplo, la participación de los representantes de los trabajadores en la introducción de las nuevas TIC (no hay excusa para el despido), impresión 3-D, las gafas inteligentes, autómatas, reglas apropiadas de protección de datos, datos de gran tamaño (big data), pero excluye el control del rendimiento o comportamiento o los controles a distancia, el uso privado y operativo de Internet (el "e-mail durante las vacaciones" de forma voluntaria, la sustitución por vacaciones o ausencia de la oficina, la gestión de dispositivos móviles, el derecho a la desconexión), el uso de medios de comunicación social, como ya es el caso en muchos acuerdos nacionales de empresa. Los acuerdos transnacionales de empresa (ATE) pueden ser una parte importante de la estrategia sindical para una digitalización justa. La actuación a nivel europeo puede ayudar a mitigar la brecha digital, para garantizar la igualdad de trato y transformar las amenazas en oportunidades. c) los sindicatos deben vigilar más de cerca las estrategias de las empresas sobre la digitalización, algo que aún no ocurre en todos los países. Los problemas identificados en este documento deben ser resaltados en todos los niveles de la organización sindical en Europa. d) exigir nuevos derechos como la suspensión temporal de las decisiones tomadas por la dirección sobre la organización del trabajo relacionada con la introducción de nuevas tecnologías; e) Abrir los sindicatos, organizar y proteger mejor a los trabajadores autónomos, tal como se prevé en la estrategia de la CES sobre el trabajo atípico.” (Confederación Europea de Sindicatos; *Resolución de la CES sobre la digitalización: hacia un trabajo digital justo*. 2016, p. 12; disponível em: <<https://www.ccoo.es/21d4392f1c3a0985ca39f0050cd3a773000001.pdf>> (data de consulta em 07 de janeiro de 2019)).

⁴³ Machado de Oliveira, C. e do Amaral Dorneles de Dorneles, L.; *Direito do Trabalho*. Porto Alegre. Verbo Jurídico. 2013, *passim*.

⁴⁴ Aguiar, A. C.; *Direito do trabalho 2.0: digital e disruptivo*. São Paulo. LTr. 2018, pp. 68-69.

⁴⁵ Molina Navarrete, C.; *op. cit.*, p. 16.

os desafios tecnológicos como apenas uma evolução do capitalismo para a qual o Direito do Trabalho deve dar uma resposta, na base da autonomia ou da subordinação. Ainda não se tem clareza se o trabalhador digital é subordinado ou autônomo em certas situações limites, como o trabalho em plataforma⁴⁶. No entanto, nas hipóteses em que claramente o trabalhador digital é subordinado, como é o caso do teletrabalho subordinado brasileiro, a partir da reforma da CLT (arts. 75-A a 75-E da Consolidação das Leis do Trabalho), é relevante o estudo do poder de gestão para verificar os limites do poder de comando, bem como quais são os direitos fundamentais deste trabalhador.

Nesse contexto de digitalização, a ideia de fraternidade parece apontar um caminho para que os trabalhadores digitais tenham uma relação de igualdade no sentido de não haver nada que os diferencie dos trabalhadores atuais. Este comportamento igualitário presente na fraternidade permite a existência de um dever de cooperação mútua entre os membros da sociedade na busca do bem-estar social, ou seja, todos possuem uma relação horizontal por estarem no mesmo patamar, e nesse caso unem esforços para harmonizar a vida em sociedade. Assim, a fraternidade deve ser considerada um princípio jurídico⁴⁷ capaz de agir como instrumento regulador das relações entre os membros da sociedade, destacando-se por sua relação igualitária entre todos, promovendo uma relação horizontal na busca de efetivar os Direitos Fundamentais.⁴⁸ Conforme Supiot, “para limitar a liberdade do empregador faz-se necessária a ideia de inclusão social e justiça social trazida pela fraternidade, definida por um conjunto de direitos e deveres de ajuda e assistência entre os que são unidos pelo direito, no caso pelo contrato”⁴⁹.

⁴⁶ Sobre a relação existente entre motoristas de aplicativos e as respectivas plataformas digitais, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro decidiu que as ações contra empresas de aplicativos devem ser julgadas na Justiça Comum, e não na Justiça Trabalhista. Os ministros entenderam que os motoristas de aplicativo não mantêm relação hierárquica com a plataforma, porque seus serviços são prestados de forma eventual, sem horários pré-estabelecidos e não recebem salário fixo, o que descaracteriza o vínculo empregatício, ou seja, esses trabalhadores são considerados autônomos. Citam na decisão que a atividade desenvolvida pelos motoristas é de cunho privado, conforme o disposto no art. 4º, inciso X da Lei da Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei nº 13.640/2018): “Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se: X – transporte remunerado privado individual de passageiros: serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede”. (Brasil – Superior Tribunal de Justiça; *Conflito de Competência n. 164.544 / MG 2019/0079952-0*. Brasília; disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201900799520> (data de consulta em 08 de setembro de 2019)).

⁴⁷ Para apreensão do princípio da fraternidade veja-se: (a) Márquez Prieto, A.; “Justicia relacional y fraternidad”, em: Baggio, A. M.; Cosseddu, A. e Márquez Prieto, A. (Coord.). *Fraternidad y Justicia*. Granada. Editorial Comares. 2012. (b) Cosseddu, A. (org); *I sentirei del Giurista sulle tracce della fraternità: Ordinamenti a confronto*. Torino. Giappichelli Editore. 2016. (c) Pizzolato, F.; *Il principio costituzionale di fraternità: itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione Italiana*. Roma. Città Nuova. 2012. Ainda na doutrina brasileira sobre fraternidade veja-se: (a) Alcântara Machado, C. A.; *A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal)*. Curitiba. Appris. 2017. (b) Bonavides, P.; *Curso de Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo. Malheiros. 2016. (c) Soares da Fonseca, R.; *O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no sistema de justiça*. Belo Horizonte. D’Plácido. 2019.

⁴⁸ Salmeirão, C.; “O princípio da fraternidade e sua efetivação através da decisão monocrática do relator: combate das desigualdades sociais”, em: *Âmbito Jurídico*. Rio Grande. 2013. v. 16. n. 111. abr.; disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13090> (data de consulta em 14 de junho de 2019).

⁴⁹ Supiot, A.; *Crítica do Direito do Trabalho*. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 2016, p. 168.

A dignidade da pessoa humana pode ser alcançada com condutas afirmativas do ser humano. Reconhecer o trabalhador de plataforma como trabalhador detentor de direitos é reconhecer o próprio indivíduo. A promoção da dignidade do trabalhador somente ocorrerá se houver esse reconhecimento. O trabalhador de plataforma pode ser exposto a condições precárias no seu meio ambiente de trabalho, o que evidencia a necessidade de discutir, analisar e intervir na produção de espaços de trabalho digno para essas pessoas.

III. A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E A FRATERNIDADE CONTIDA NO PREÂMBULO DA SUA CONSTITUIÇÃO

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), como agência da Organização das Nações Unidas (ONU) específica para o mundo do trabalho⁵⁰, desde sua fundação e conforme sua constituição, atua para a construção de um mundo do trabalho mais justo. A OIT foi criada em 1919, ao término da Primeira Guerra Mundial, na marca do Tratado de Versalhes (Parte XIII), fixando sua sede na cidade de Genebra, Suíça.

Quando os fundadores da OIT quiseram fixar, no preâmbulo da Constituição, alguns princípios, visaram à criação de normas de legislação internacional do trabalho. Entretanto, com a Declaração de Filadélfia, os propósitos da OIT se expandiram⁵¹. A Constituição da OIT, primeira atividade normativa, foi elaborada em 1919, instituindo a organização e considerando os sentimentos de justiça e paz permanente no mundo. Com a adoção da Declaração de Filadélfia de 1944⁵², as normas da OIT, além de questões tradicionais, como refere o preâmbulo da Constituição da OIT, tais como jornada, salário mínimo, proteção de crianças e mulheres, foram acrescidas de temas mais amplos relacionados ao trabalho, tais como condições de vida, liberdade, desenvolvimento e bem-estar social. Os princípios enunciados pela Declaração de Filadélfia são⁵³:

- (a) o trabalho não é uma mercadoria: o trabalho é expressão da subjetividade do trabalhador, e, portanto, indiscernível do seu autor. Qualificar o trabalho como mercadoria seria reificar o próprio trabalhador. Este vem considerado, portanto, pela Declaração, como pessoa, ser racional e livre, com uma dignidade que demanda respeito;
- (b) liberdade de expressão e de associação é essencial para o progresso contínuo: a liberdade é considerada tanto na sua dimensão individual como na sua dimensão social. Esta última deve ser considerada a capacidade que os seres humanos possuem de agir com e para o outro, na mudança e aprimoramento das circunstâncias da existência coletiva;

⁵⁰ Brownlie, I.; *Princípios de Direito Internacional Público*. 4. ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1997, p. 723-724.

⁵¹ Córdova, E.; "Some Reflections on the Overproduction of International Labour Standard", em: *Comparative Labour Law Journal*. Champaign. 1993. n.14, p. 138-141.

⁵² Von Potobsky, G.; Bartolomei De La Cruz, H.; *La Organización Internacional del Trabajo*. Buenos Aires. Astrea. 1990, p. 18-23.

⁵³ Maria Baggio, A. (org.); *O princípio esquecido*. v. 1. São Paulo. Cidade Nova. 2008.

- (c) a pobreza, em qualquer lugar, constitui um perigo para a prosperidade de todos (igualdade): a pobreza como carência dos bens necessários possui uma dupla fonte: o baixo desenvolvimento das forças produtivas de uma sociedade e o tratamento desigual dos trabalhadores sem uma justificativa⁵⁴, mas também o resultado da má distribuição dos benefícios decorrentes da produção econômica. Como má distribuição de riquezas, a pobreza implica uma violação à igualdade entre as pessoas;
- (d) a guerra contra a necessidade deve prosseguir com vigor dentro de cada nação, e por contínuo e concreto esforço internacional no qual os representantes de trabalhadores e empregadores, colaborando em pé de igualdade com os representantes dos governos, participem em discussões livres e em decisões de caráter democrático, a fim de promover o bem-estar comum: se os princípios anteriores estão relacionados aos valores de liberdade e igualdade, este se refere diretamente à fraternidade. Trabalhadores, empregadores e agentes políticos se reconhecem reciprocamente como parceiros livres e iguais na construção de uma comunidade inclusiva, na qual a justiça social seja o fundamento e objetivo das instituições sociais, políticas e econômicas.

Supiot refere que o espírito de Filadélfia articula responsabilidades e capacidade de ação em torno da ideia de justiça social, organizando círculos de solidariedade⁵⁵. Os princípios da Declaração de Filadélfia se resumem, portanto, na dignidade do trabalho e do trabalhador, no valor da liberdade e na urgência do desenvolvimento social no interior dos Estados e a cooperação internacional para este fim. Ao analisarmos a Declaração de Filadélfia, como parte da Constituição da OIT, damos conta de seu caráter manifestamente fraternal porquanto pretende a construção de uma verdadeira comunidade pacífica ao redor de uma situação global dos trabalhadores em torno de um bem-estar comum. A guerra contra a necessidade preconizada na constituição da OIT revela aspectos deste caráter fraternal da sua Constituição. O princípio da fraternidade, o qual possui suporte constitucional no preâmbulo da constituição da OIT, pode ser definido como o princípio imanente que estrutura uma relação comunitária entre livres e iguais, incluindo trabalhadores, empregadores e governos⁵⁶.

Recorde-se que trabalho digno preconizado pela OIT é o que tem garantias de liberdade, igualdade e fraternidade, significando que o trabalhador deve ser respeitado enquanto ser humano. O trabalho decente cria uma comunidade de livre e iguais porque aponta para a dignidade dos seres humanos em sua jornada produtiva⁵⁷.

⁵⁴ Boschi Aguiar de Oliveira, O. M.; *Mulheres e trabalho: desigualdades e discriminação em razão de gênero: o resgate do princípio da fraternidade como expressão da dignidade humana*. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2016.

⁵⁵ Supiot, A.; *O espírito de Filadélfia: a Justiça social diante do mercado total*. Editora Sulina. Porto Alegre. 2014, pp. 114-40.

⁵⁶ Cardoso Barzotto, L. e Barzotto, L. F.; “Fraternidade, um conceito dialético: uma abordagem a partir da experiência jurídica”, em *Anais do III Congresso Nacional de Comunhão e Direito: Ética, Direito e Democracia: em busca de um novo paradigma de Justiça*. 2016; disponível em <<https://indd.adobe.com/view/035b834c-d090-4b8c-b019-a089308ccb7c>> (data de consulta em 14 de junho de 2019).

⁵⁷ Zanotelli de Alvarenga, R.; *Trabalho decente: direito humano e fundamental*. LTr. São Paulo. 2016, p. 89.

Diante de tantas dificuldades de regular e proteger o trabalhador das novas tecnologias nos diversos lugares do mundo, responde-se que a constituição da OIT, na linha interpretativa da fraternidade, aponta para um sentido protetivo destes trabalhadores. O que ainda não se tem clareza é como isso deve ser feito –extensão de direitos de empregado, regulação especial de trabalho, nova regulação do autônomo com aproximação do trabalhador assalariado, criação de outras formas de regulação do trabalho digital, como criação de renda mínima de inserção ou dividendos sociais–, mas os princípios de igualdade e liberdade certamente deverão estar presentes, para que a guerra contra a necessidade e indignância seja a constante já proclamada pela OIT.

Segundo Barzotto e Oliveira⁵⁸, a Constituição da OIT menciona que os níveis de proteção ao trabalho devem ampliar os direitos já conquistados, numa clara progressão social. Para as autoras, é possível mencionar dimensões de fraternidade, expressadas institucionalmente pela OIT, em sua política recente:

- 1) tratar os Direitos Fundamentais (Declaração de 1998), como patamares mínimo de civilização para o mundo do trabalho e forma de atualizar sua missão, no sentido de que o trabalho não é uma mercadoria;
- 2) reconhecer a importância dos valores fundamentais de liberdade, dignidade humana, justiça social, seguridade e não discriminação por meio da Declaração de 2008;
- 3) realizar o diálogo tripartite social envolvendo trabalhadores, empregadores e governos na elaboração das normas internacionais, missão que atualiza anualmente.
- 4) redefinir expressões de justiça social constantes na sua Constituição: promover trabalho decente nas cadeias globais de fabricação e fornecimento (lema de 2016) e adotar, juntamente com a ONU a meta de extirpar a pobreza do mundo até 2030 e trabalhar para a paz nas situações de conflito⁵⁹.

Para os trabalhadores digitais, uma igualação em direitos com os demais trabalhadores representaria uma melhoria na condição social do trabalhador de plataforma e talvez fosse um caminho que concretizaria a aplicação do princípio da fraternidade nas relações laborais. Porém, seria o paradigma clássico da subordinação adequado? O trabalhador de plataforma, vulnerável por suas peculiaridades, deve ser incluído no guarda-chuva dos direitos fundamentais de proteção para garantir um trabalho decente. Isso seria aplicar um direito do ponto de vista do paradigma fraternal que, segundo nossa interpretação, já estava previsto na Constituição da OIT pela Declaração de Filadélfia, agora reafirmada na centralidade do homem que trabalha pela Declaração do Centenário da OIT.

Isso seria aplicar um direito do ponto de vista do paradigma fraternal que, segundo nossa interpretação, já estava previsto na Constituição da OIT pela Declaração de Filadélfia agora reafirmada na centralidade do homem que trabalha pela Declaração do Centenário da OIT. De fato, a Declaração do Centenário da OIT, embora se apresente como uma declaração de *soft law* obriga moralmente os estados ao colocar o trabalho

⁵⁸ Cardoso Barzotto, L. e Boschi Aguiar de Oliveira, O. M.; “OIT: solidariedade e fraternidade na proteção aos direitos humanos dos trabalhadores”, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre. 2018. n. 39, vol. esp. (dez. 2018), pp. 141-156, p. 149.

⁵⁹ Cardoso Barzotto, L. e Boschi Aguiar de Oliveira, O. M.; *op. cit.*, p. 151.

humano do centro e ao reafirmar os direitos fundamentais já proclamados no passado da OIT, como a não discriminação e a liberdade no mundo do trabalho e se lança para as relações laborais do futuro, reafirmando a necessidade de inclusão fraternal dos novos modelos de trabalho que se encontram à margem. Neste sentido é oportuno e cogente, obrigando a todos os países membros a realizarem políticas adequadas na proteção dos direitos sociais no mundo digital.

IV. CONCLUSÃO

A digitalização transforma todos os setores da sociedade e da economia e afeta também o trabalho e o emprego. A indústria 4.0 traz mudanças no paradigma produtivo, com potencial de aumentar a eficiência das empresas e promover a qualidade do trabalho e do emprego. Trata-se de um sistema autônomo, em que as coisas, os objetos, as pessoas, os processos, todos se comunicam entre si. A economia do compartilhamento pressupõe a colaboração entre diferentes atores, em que a troca de informações é facilitada, os bens são disponibilizados para uso temporário e os serviços são oferecidos em um mercado aberto e acessível a todos. A *gig economy* revela a tendência da fragmentação das empresas e do trabalho, uma vez que o produto final da atividade empresarial é composto pelo esforço de inúmeros trabalhadores espalhados pelo mundo, cada um realizando uma tarefa –parte de uma atividade maior– para uma empresa diferente. Essas tarefas são publicadas em plataformas de trabalho digital, acessíveis por meio de endereços eletrônicos ou aplicativos conectados à internet, nos quais o trabalhador se cadastra e oferece sua força de trabalho.

Reconhece-se as oportunidades e os riscos trazidos pelas inovações tecnológicas. Pode-se citar como benefícios da digitalização no mundo do trabalho a flexibilidade para realizar as atividades em qualquer lugar e a qualquer hora, a autonomia para tomar decisões frente ao acesso rápido à informação e possibilidade de comunicação instantânea e a liberdade para se cadastrar na plataforma digital que melhor convir ao trabalhador. Como pontos negativos, cita-se o fechamento de postos de trabalho e a alta exigência de qualificação para as novas funções, as ameaças à privacidade e o descontrole sobre os dados pessoais do trabalhador em razão da ampla conectividade e compartilhamento de informações na internet, a perpetuidade das informações e o fácil acesso a elas por meio da rede mundial de computadores, a exigência de conexão constante do trabalhador e, no caso do trabalhador subordinado, a vigilância em tempo real pelo empregador. Os pontos positivos e negativos mencionados não esgotam o tema, apenas ilustram situações que já podem ser observadas. O mesmo pode ser dito em relação aos direitos fundamentais do trabalhador, os quais, em tese, poderiam ser expandidos, concretizados e tornados decentes, pela capacidade tecnológica de gestão, mas correm novos riscos de ataques.

Acredita-se que é necessário enfrentar o desafio jurídico de desenvolver estratégias que reflitam as condições de um mundo do trabalho digital de forma a inibir práticas de trabalho degradantes e promover uma verdadeira proteção do trabalhador digital. Desenvolver, no âmbito brasileiro, o conceito de parassubordinação, que não existe atualmente, poderia ser um caminho para que se inclua esse trabalhador digital na proteção do Direito do Trabalho, que nasceu da necessidade de proteger o trabalhador subordinado. Se o perfil do trabalhador está mudando, o Direito do Trabalho deve acompanhar essa mudança. Neste caso novas adaptações são exigidas, incluindo-se o

trabalhador digital, mantendo a essência protetiva da disciplina. Uma discussão crescente no Brasil diz respeito ao conceito de subordinação que poderia contemplar a modalidade algorítmica em que as “ordens” do empregador estão previamente ajustadas nos mecanismos programados algoritmicamente por plataformas e aplicativos.

Na União Europeia, recentemente pela Diretiva 2019/1152 (junho de 2019), sobre condições transparentes de trabalho, criou-se um regramento mínimo comum contratual para todo o trabalhador europeu, o que abrangerá também o trabalhador digital.

A OIT, a partir da Declaração do centenário continua atual ao pregar que o trabalho não é uma mercadoria e o trabalhador deve ser o centro da proteção. Neste contexto o trabalhador digital exige normatização possível que contemple uma vida digna. Essa ideia contempla o ideal de fraternidade no sentido de que todas as instituições, incluindo as relativas ao mundo do trabalho, metamorfoseadas pela digitalização, as quais devem garantir que o mercado mundial possa ser compreendido como uma comunidade de livres e iguais. Nesse sentido, o Direito Internacional, mediante a OIT e sua constituição emendada em 2019 pela Declaração do Centenário é uma diretriz de proteção normativa do trabalhador digital no paradigma amplo da fraternidade e da justiça social.



Recibido: 21.03.2019. Aceptado: 26.03.2019

Un intento de superación de la brecha pensionaria: el bono por hijo en Chile

An attempt to overcome the pension gap: the bonus for children in Chile

Verónica Lidia Martínez Martínez

Profesora Investigadora de Derecho de la Seguridad Social

Universidad Anáhuac, Campus Norte (México)

marb_cap@hotmail.com

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7927-3006>

RESUMEN

Como resultado de la reforma previsional aprobada en Chile en 2008, la bonificación por hijo, que surge como medida tendiente a paliar la brecha existente en el sistema de pensiones en Chile, constituye el objeto de estudio de este trabajo, por lo que se analizan los requisitos para que las beneficiarias puedan acceder a esta prestación, el método para su cuantificación y su forma de pago, así como los efectos que provoca en la brecha pensionaria.

PALABRAS CLAVE: bono por hijo, brecha pensionaria, género, reforma previsional.

ABSTRACT

As a result of the pension reform approved in Chile in 2008, the child allowance, which appears as a measure tending to alleviate the existing gap in the Chilean pension system, is the object of study of this work, which is why analyze the requirements for beneficiaries to access this benefit, the method for its quantification and its form of payment, as well as the effects it causes on the pension gap.

KEYWORDS: bonus per child, pension gap, gender, pension reform.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA BRECHA PENSIONARIA EN CHILE

III. LA BONIFICACIÓN POR HIJO EN EL SISTEMA DE PENSIONES CHILENO

A. BENEFICIARIAS DEL BONO POR HIJO

B. REQUISITOS PARA ACCEDER A LA BONIFICACIÓN

C. CUANTÍA DEL BONO POR HIJO

D. FORMA DE PAGO DEL BONO POR HIJO

E. EFECTOS DEL BONO POR HIJO EN LA BRECHA PENSIONARIA

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

A partir del estudio de factores directos e indirectos que demuestran la existencia de la brecha de género en materia de pensiones en Chile, la bonificación por hijo surge en 2008 como paliativo para reducir los avatares de la desigualdad. Desde el punto de vista metodológico, la investigación requirió del análisis de la normatividad del sistema de pensiones en Chile para abordar lo referente a la solicitud del bono por hijo, su otorgamiento, método de cuantificación y la forma de cubrir esta prestación a las beneficiarias que cumplen con los requisitos que también se analizan en este trabajo.

Por supuesto, una parte medular del trabajo lo constituyó la revisión de las estadísticas en materia de empleo y prestaciones laborales que al evidenciar desigualdades en las condiciones y montos que perciben las mujeres y las cubiertas a los hombres tienen un impacto directo en las pensiones percibidas al tener lugar el retiro laboral.

En igual forma, fue necesaria la revisión de estadísticas referentes a la densidad de cotización y el saldo promedio por cotizaciones obligatorias que son determinantes en la determinación de las pensiones que se otorgan y cubren a los asegurados y a las aseguradas.

II. LA BRECHA PENSIONARIA EN CHILE

Uno de los escenarios en los que opera la brecha de género (*gender gap*) es el sistema de pensiones. Las diferencias existentes entre las prestaciones de seguridad social que perciben los asegurados y las recibidas por las aseguradas son el resultado de factores indirectos y directos.

Dentro del primer tipo de factores se encuentran las variables socio-culturales y laborales, cuya repercusión en los niveles de afiliación, densidad de cotización y los montos de las pensiones cubiertas a las mujeres y los hombres es innegable.

Como parte de la cultura de América Latina, el trabajo suele distribuirse a partir de los roles de género que se atribuyen de manera tradicional. Desde la niñez a las mujeres se les asigna el desempeño de las labores domésticas, mientras que a los hombres se les ubica dentro del mercado laboral, por lo que sólo se ocupan de las tareas del hogar de existir imposibilidad de ser atendidas por la mujer. Lo anterior se agudiza en el caso de Chile, en donde existen bajos niveles de actividad y empleo en las mujeres, jóvenes, trabajadores con baja cualificación y grupos indígenas, además de las grandes diferencias de ingresos entre hombres y mujeres, la elevada proporción de contratos temporales y de empleo de cuenta propia que agravan la persistente disparidad en materia de ingresos¹.

De acuerdo con el Instituto Nacional Estadísticas (INE) de octubre a diciembre de 2018, la tasa de participación laboral y de ocupación femenina en Chile representó el 48.5% y 45.0%,

¹ Estudio económico de la OCDE de Chile. Visión general. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, febrero 2018 disponible en <http://www.oecd.org/eco/surveys/Chile-2018-OECD-economic-survey-Spanish.pdf> (fecha de consulta 12 de marzo de 2019).

respectivamente. En tanto que la participación laboral masculina fue de 71.2% con una ocupación de 66.7%. La comparación de las anteriores cifras evidencia una brecha de -22.7 pp en participación laboral y -21.7 pp en ocupación laboral que opera en desmedro de las mujeres chilenas².

Los indicadores respecto del tipo de empleo al que acceden hombres y mujeres muestran que el empleo asalariado respecto del total de ocupados de cada sexo es menor en mujeres al representar el 65.1%; mientras que en el caso de los hombres alcanzó el 71.7%³. De acuerdo con la Encuesta Nacional de Empleo, las labores domésticas, el cuidado de los hijos y la maternidad constituyen las principales causas de la deserción femenina del ámbito laboral remunerado y de la exclusión del sistema de pensiones o, en el mejor de los casos, provocan la reducción de la jornada laboral.

Durante el trimestre octubre a diciembre de 2018 se reportó que mientras los hombres laboraron un promedio de 41.1 horas, en el caso de las mujeres, la jornada laboral fue de un promedio de 34.9 horas⁴, lo que conlleva a obtener una menor remuneración salarial que influye de manera negativa en la acumulación de los recursos acumulados en la cuenta individual con los que se financian las pensiones en el sistema de capitalización individual chileno.

En el mismo trimestre los ocupados a tiempo parcial involuntario variaron en un 5.2%. El aumento fue más importante en los hombres con un 11.0%, mientras que en el caso de las mujeres se presentó una alza de 0.7%. Por su parte, la tasa combinada de desocupación y de fuerza de trabajo potencial⁵ se estimó en 13.7%, pero mientras en el caso de los hombres el indicador se situó en 11.3%, para las mujeres representó el 16.8%, lo que generó una brecha de género de 5.5 pp. Y es que en Chile, a pesar de las constantes variaciones en la tasa de desocupación, la brecha de género se mantiene como se advierte en el siguiente cuadro⁶.

TASA DE DESOCUPACIÓN EN CHILE (%)		
Trimestres 2017-2018	Mujeres	Hombres
Octubre a diciembre	6.8	6.0
Noviembre a enero	6.9	6.2
Diciembre a febrero	7.4	6.2
Enero a marzo	7.9	6.2
Febrero a abril	7.7	6.0
Marzo a mayo	8.1	6.2
Abril a junio	7.9	6.6

² Instituto Nacional de Estadística en Chile, Encuesta Nacional de Empleo, Boletín Estadístico: Empleo Trimestral de octubre a diciembre de 2018, número 243, 31 de enero de 2019 disponible en <https://www.ine.cl/docs/default-source/boletines/Empleo/2018/espa%C3%B1ol/bolet%C3%ADn-empleo-nacional-trimestre-m%C3%B3vil-ond-2018.pdf?sfvrsn=10> (fecha de consulta 12 de febrero de 2019).

³ Superintendencia de Pensiones, Informe de género sobre el sistema de pensiones y seguro de cesantía, septiembre de 2018 disponible en https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/articulos-13562_recurso_3.pdf (fecha de consulta 16 de marzo de 2019).

⁴ Instituto Nacional de Estadística en Chile, Encuesta Nacional de Empleo, Boletín Estadístico, op. cit.

⁵ La fuerza de trabajo potencial es conocida como los inactivos potencialmente activos.

⁶ Instituto Nacional de Estadística en Chile, Encuesta Nacional de Empleo, Boletín Estadístico, op. cit.

Mayo a julio	8.1	6.8
Junio a agosto	7.9	7.0
Julio a septiembre	7.4	6.8
Agosto a octubre	7.4	6.9
Septiembre a noviembre	7.3	6.5
Octubre a diciembre	7.5	6.2

Cuadro 1. Boletín Estadístico 243

Como puede advertirse de octubre a diciembre de 2018 la desocupación femenina se situó en el 7.5% con un alza de 0.7 pp en doce meses que es resultado del aumento de 2.0% de la fuerza de trabajo femenino, superior a la variación de 1.3% de las ocupadas. Mientras que la tasa de desocupación de los hombres representó el 6.2%, variando en 0.2 pp respecto de la tasa de octubre a diciembre de 2017, debido al incremento del 0.5% de la fuerza de trabajo, mayor al reportado por los ocupados (0.3%)⁷. Al tiempo que la tasa de informalidad laboral femenina ubicada en 31.9% es mayor que la masculina del 28.6%⁸.

El otro rubro con importantes repercusiones en el monto de las pensiones es el salario. A la fecha la brecha que existe en las remuneraciones laborales es producto de la percepción de salarios inferiores por el trabajo femenino en comparación con los ingresos que se cubren a los operarios varones por la realización del mismo trabajo. De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadísticas en Chile de octubre a diciembre de 2018, la remuneración media por hora ordinaria fue \$4,779 con un incremento interanual de 4.0%. Este valor se ubicó en \$4,457 para las mujeres y en \$5,057 para los hombres, por lo que la brecha de género representó el -11.9%. Asimismo, el costo medio de la mano de obra por hora total fue de \$5,510, con una alza de 4.4% respecto a diciembre de 2017, que en el caso de las mujeres se tradujo en la cantidad de \$5,132 para las mujeres y en \$5,841 para los hombres, lo que representó una brecha de género de -12.1%⁹.

A las anteriores disidencias se adicionan los factores directos que provocan que las brechas en las pensiones sean resultado de la aplicación de las reglas del sistema de pensiones. Dentro de este segundo grupo de factores es posible ubicar el saldo acumulado en la cuenta individual, las densidades de cotización, la esperanza de vida y el período de acumulación de ahorros determinado por las diferencias en las edades legales de jubilación por sexo.

A junio de 2018 las mujeres afiliadas al sistema de capitalización individual que opera en Chile representaron el 46.7% del total de afiliados, pero respecto de los cotizantes alcanzaron el 42.3% del total¹⁰. De acuerdo con la Superintendencia de Pensiones, los hombres aportaron la principal incidencia en el dinamismo de los cotizantes, al aumentar 3.2%. Bajo el esquema de contribución definida en que los beneficios prestacionales se calculan utilizando fórmulas actuariales en función del saldo acumulado en la cuenta individual, por consecuencia, a mayor salario de cotización los recursos acumulados en la cuenta individual se incrementan

⁷ Idem.

⁸ Superintendencia de Pensiones, Informe de género sobre el sistema de pensiones y seguro de cesantía, op. cit.

⁹ Instituto Nacional de Estadística en Chile, Encuesta Nacional de Empleo, Boletín Estadístico, op. cit.

¹⁰ Superintendencia de Pensiones, Informe de género sobre el sistema de pensiones y seguro de cesantía, op. cit.

y con ello también el nivel de las pensiones.

En este tenor, el saldo promedio por cotizaciones obligatorias de julio de 2017 a junio de 2018 fue el siguiente¹¹:

Sexo del causante	Saldo promedio por cotizaciones obligatorias
Hombre	1,679.57
Mujer	634.86
Brecha de saldos promedio acumulados	- 62.2%

Cuadro 2. Saldo promedio por cotizaciones obligatorias

Lo anterior provocó que de julio de 2017 a junio de 2018 los montos promedio de la primera pensión definitiva autofinanciada fueron de \$782.35 para hombres y \$237.55 para mujeres, por lo que la brecha del monto promedio de pensión representó el -67,1%¹². En el caso de los montos promedios de pensiones de vejez en pago cubiertos a junio de 2018 fueron de \$202.87 para las pensionadas y \$392.987 para los pensionados, lo que dio lugar a una brecha promedio de -48,4%. Esta brecha es distinta según la modalidad en que sea otorgada la pensión, pues en el caso del retiro programado se incrementó a -55,5%, mientras que en el caso de la renta vitalicia descendió a -26.9%¹³.

Por lo que respecta a la densidad de cotización o tiempo que el asegurado o la asegurada cotiza al sistema de capitalización individual, tiene una importante repercusión en el monto de la pensión, pues entre más alta sea la densidad de cotización también se incrementa el ahorro acumulado en la cuenta individual, lo que provoca que los beneficios prestacionales también sean mayores.

Existen diferencias entre la densidad de cotización de las mujeres y la de los hombres, pues mientras las primeras se concentran en los tramos de bajas densidades de cotización, por el contrario, los hombres se ubican en los tramos de densidad de cotizaciones más altos. Entre julio de 2017 y junio de 2018, la densidad promedio de cotización de los hombres fue de 60.0%; mientras que en las mujeres la densidad de cotización representó el 45.4%, lo que generó una brecha promedio por sexo de -14.6 pp que refleja en el caso de las mujeres períodos sin cotizaciones que pueden asociarse a una trayectoria laboral discontinua o interrumpida ante las salidas del mercado laboral.

Un factor que influye en la densidad de cotización y por consecuencia en el nivel de las prestaciones es el retardo en el ingreso al mercado laboral (lagunas previsionales). Cuando el primer aseguramiento se retrasa por un año, la cuantía de las pensiones femeninas sufre un decremento ubicado entre 6.8% a 6.5%, lo que genera que las mujeres reciban una pensión autofinanciada de 15.1 unidades de fomento (UF) en lugar de 16.2 UF; mientras que las pensiones masculinas autofinanciadas de 26.4 UF se reducen a 24.6. Cuando el primer aseguramiento se retrasa por tres años, la cuantía de las pensiones femeninas equivale a 13

¹¹ Idem.

¹² Idem.

¹³ Idem.

UF y las pensiones masculinas se reducen a 21.5 UF.

El otro elemento importante para determinar las pensiones es la tasa de cotización. En Chile la tasa de cotización para el fondo de pensiones del 10% y la contribución patronal que sólo opera para trabajos pesados y en el seguro de invalidez y sobrevivencia se ha calificado de subóptima tanto para hombres como para mujeres. De acuerdo con cifras proporcionadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, en la mayoría de los países incorporados a este organismo la tasa de cotización es del 19.7% del salario con una aportación patronal del 57.1% de las cotizaciones de vejez sumada a la aportación obrera del 42.9%¹⁴, por lo que con la finalidad de asegurar la sostenibilidad de las pensiones y elevar el nivel de los beneficios prestacionales se ha propuesto elevar la tasa de cotización y que se realicen mayores contribuciones en las cuentas individuales.

Al igual que los anteriores elementos dos rubros importantes en la determinación del monto de las pensiones son: la edad de jubilación y la esperanza de vida. De acuerdo con el Decreto Ley N° 3.500, la edad de retiro de las mujeres opera al cumplir sesenta años de edad, mientras que los hombres el retiro puede sobrevenir a partir de los sesenta y cinco años. Esta disimilitud en la edad legal de retiro contribuye a mantener la brecha en materia de pensiones por ser resultado de menores períodos de acumulación de recursos en la cuenta individual y de una mayor esperanza de vida en el caso de las mujeres.

A mayor edad de jubilación se incrementa el monto de las contribuciones y por consecuencia el nivel de las pensiones también se eleva. Al dividir el saldo acumulado en la cuenta individual, que es menor en el caso de las mujeres como producto de inferiores períodos de acumulación ante una menor vida laboral, entre los años que habrá de financiarse la pensión ante el aumento de las expectativas de vida (riesgo de longevidad), genera que las pensiones femeninas sean inferiores a las pensiones percibidas por los hombres y la posibilidad de que el cálculo de la pensión subestime los años de vida que efectivamente va a ser necesario financiar.

III. LA BONIFICACIÓN POR HIJO EN EL SISTEMA DE PENSIONES CHILENO

En 1980, Chile fue el primer país que reemplazó el sistema de pensiones de reparto y beneficio definido por el modelo de capitalización individual que opera a través del sistema de cuentas individuales donde se acumulan las cotizaciones y la rentabilidad obtenida de la inversión de los recursos que son manejados por instituciones privadas a las que se denomina Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).

Los bajos montos de las pensiones, la dificultad para cumplimentar los requisitos exigidos para acceder a las pensiones y las dificultades para contar con los ahorros suficientes para lograr el financiamiento de su pensión como resultado de la baja densidad de las cotizaciones fueron los detonantes que provocaron en 2008 la reforma al esquema previsional instaurado en 1980.

¹⁴ Estudio económico de la OCDE de Chile, op. cit.

Como resultado de la reforma, el sistema de pensiones en Chile se erige como un sistema mixto que está construido sobre tres pilares: i. Un pilar solidario, que entrega pensiones garantizadas al 60% de la población de menores ingresos, financiadas con recursos fiscales, bajo las modalidades de la pensión básica Solidaria (PBS) y el aporte previsional solidario (APS) que se financian con impuestos generales que pagan en mayor proporción las empresas y las personas de mayores ingresos; ii. Un pilar contributivo obligatorio de ahorro en cuentas individuales, que son administradas por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP); y iii. Un pilar de ahorro voluntario, en el cual compiten diversas instituciones financieras autorizadas para administrar esos fondos (AFP, compañías de seguros, fondos mutuos, bancos, entre otras).

Con la instauración del pilar Solidario uno de los principales objetivos de la denominada reforma previsional fue paliar la brecha de género existente entre las pensiones percibidas por las mujeres y las pensiones cubiertas a los hombres. Para incrementar el monto de las pensiones femeninas la reforma de 2008 instituye el bono por hijo vivo que se analiza en los siguientes apartados de este trabajo.

A. BENEFICIARIAS DEL BONO POR HIJO

El bono por hijo vivo, regulado en el artículo 75 de la Ley N° 20.255¹⁵, es un aporte estatal que se otorga con carácter irrevocable por cada hijo nacido vivo o adoptado a las madres biológicas y adoptivas afiliadas a una AFP que obtuvieron su pensión a partir del 1° de julio de 2009 y reciben un aporte previsional solidario de vejez (APSV)¹⁶.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 74 de la Ley N° 20.255¹⁷, a partir del 1° de julio de 2009 tendrán derecho a la bonificación las madres titulares de una PBSV y las madres que sin estar afiliadas a un régimen previsional reciban una pensión de sobrevivencia con APSV otorgada por una AFP¹⁸, compañía de seguros o el Instituto de Previsión Social (IPS). Las mujeres que reciben una pensión de sobrevivencia (con o sin APSV) antes del 1° de julio de 2009, o a partir de esta fecha cuando no perciban el APSV, pero se afilien a una AFP. Esta afiliación genera la pérdida de la asignación por muerte si la pensionada de sobrevivencia del IPS fallece, pero conserva el derecho a la cuota mortuoria cubierta por la AFP.

Las beneficiarias que pierdan la pensión de sobrevivencia o el APSV continuaran con el derecho a recibir la bonificación por hijo cuando se ajuste su monto a una pensión básica solidaria de vejez (PBSV) y hasta que se agoten los fondos correspondientes.

¹⁵ La Ley N° 20.255 se publicó en el Diario Oficial del 17 de marzo de 2008.

¹⁶ El monto que perciban por concepto del APSV podría verse afectado, ya que la bonificación por hijo incrementa el monto de la pensión de vejez (presente o futura) e incide en el cálculo del APSV.

¹⁷ Artículo 74 de la Ley N° 20.255 disponible en https://oig.cepal.org/sites/default/files/2008_ley20255_chl.pdf (fecha de consulta 15 de marzo de 2019).

¹⁸ La afiliación a una AFP de las beneficiarias de una pensión de sobrevivencia que se afilie a una AFP y fallezca no genera el pago de la asignación por muerte sólo se cubre a sus beneficiarios legales la cuota mortuoria

En el caso de las pensionadas que perciban una garantía estatal¹⁹, la AFP solicitará la suspensión de este beneficio a partir del mes siguiente de ingresados los fondos correspondientes al beneficio en la cuenta de capitalización individual. Al agotarse los fondos generados por la bonificación por hijo y la cuenta individual quede sin recursos, las beneficiarias podrán solicitar que se les cubra la garantía estatal.

De acuerdo con la Circular 1625 emitida el 25 de junio de 2009 por la Superintendencia de Pensiones, las madres que reciban pensión de viudez o sobrevivencia de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional (CAPREDENA) y de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile (DIPRECA) también tienen derecho al bono por hijo vivo.

B. REQUISITOS PARA ACCEDER A LA BONIFICACIÓN

Para que se pague el bono por hijo es necesario que la solicitante tenga cumplidos sesenta y cinco años de edad, que se le hubiera otorgado una pensión a partir del 1° de julio de 2009²⁰, la concepción de un hijo vivo²¹, además de acreditar la residencia²² en territorio chileno por un período de veinte años (continuos o discontinuos), contados a partir de que la solicitante cumplió veinte años y de cuatro años durante los últimos cinco años anteriores a la presentación de la solicitud para obtener la bonificación. En el caso de la adopción el pago de la bonificación será cubierto a la madre biológica y a la adoptante que reúnan los anteriores requisitos cuando presenten la cédula de identidad²³.

La bonificación por cada hijo nacido vivo debe solicitarse ante el IPS a partir del día en que la beneficiaria cumple los 65 años de edad²⁴. De acuerdo con el artículo 3 del Reglamento de la bonificación por hijo para las mujeres establecida en la Ley N° 20.255, la solicitud debe contener el día, mes y año de su presentación; los nombres y apellidos de la solicitante, su rol único nacional y domicilio, así como la firma de la beneficiaria o de su representante²⁵, cuando éste último se encarga de la presentación de la solicitud.

¹⁹ La garantía estatal es un aporte estatal que complementa los recursos de los afiliados que, con el saldo de su cuenta en la AFP, no alcancen a financiar una pensión mínima y no tengan otras fuentes de ingresos.

²⁰ Las mujeres pensionadas antes del 1 de julio de 2009 no tienen derecho al bono. De acuerdo con el artículo 24 transitorio de la Ley N° 20.255 la bonificación por hijo beneficiará a las mujeres que se pensionen a contar del 1 de julio de 2009. Ley N° 20.255, op. cit.

²¹ La madre tendrá derecho al bono de haber nacido el menor, aunque con posterioridad fallezca.

²² Se considerará como residencia en el país, el tiempo que las chilenas hubieran permanecido en el extranjero por motivo del cumplimiento de misiones diplomáticas, representaciones consulares y demás funciones oficiales concernientes al Estado de Chile. Lo mismo se aplicará respecto de aquellos períodos de residencia en el extranjero en calidad de exiliadas que hubiesen sido registrados como tales por la Oficina Nacional de Retorno, de acuerdo a la letra a) del artículo 2° de la Ley N° 18.994 disponible en <https://www.refworld.org/pdfid/492bba3d2.pdf> (fecha de consulta 11 de marzo de 2019).

²³ La cédula de identidad es el documento oficial que acredita la identidad de una persona chilena. Los datos que contiene la cédula son: nombre completo, Rol Único Nacional (RUN), sexo, foto, firma y huella dactilar. De acuerdo con el artículo 2° del Reglamento de la bonificación por hijo, si la cédula de identidad no está vigente, podrá ingresar el trámite de todas maneras, pero éste quedará pendiente hasta que se presente la cédula vigente.

²⁴ Artículo 1 del Reglamento de la bonificación por hijo para las mujeres establecida en la Ley N° 20.255 disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1003142&idParte=0&idVersion=> (fecha de consulta 16 de marzo de 2019).

²⁵ Idem.

De cumplirse con los requisitos exigidos, las solicitudes ingresan en el Sistema de Información de Datos Previsionales para que el IPS se pronuncie sobre las mismas. Las resoluciones de otorgamiento de la bonificación por hijo deben contener los siguientes datos: el número y tipo²⁶ de resolución; la fecha de emisión de la resolución; el nombre completo de la beneficiaria; la cédula nacional de identidad de la beneficiaria; la identificación de cada uno de los hijos por los cuales se otorga la bonificación, por lo que se asienta el nombre completo del hijo, su cédula nacional de identidad y la fecha de su nacimiento; así como el valor de la bonificación. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley N° 20.255, el IPS sólo indicará el número de hijos nacidos vivos y la fecha de su nacimiento en el caso de las madres biológicas de hijos adoptados²⁷.

Además de los anteriores requisitos, cuando la beneficiaria se encuentre afiliada a una AFP, en la resolución se consigna el monto total en pesos de la bonificación otorgada y la fecha de su traspaso a la AFP. En el caso de las beneficiarias que carezcan de afiliación a una AFP en la resolución debe indicarse el monto mensual en pesos de la bonificación otorgada, la entidad que efectuará el pago y la fecha de pago del beneficio obtenido.

De sobrevenir, con posterioridad a la presentación de la solicitud, el fallecimiento de la beneficiaria de una PBS de vejez o de una pensión de sobrevivencia con APS, así como el de la afiliada al Decreto Ley N° 3.500, procederá el pago de la bonificación de acreditarse el cumplimiento de los requisitos exigidos.

Por el contrario, cuando se deniega el derecho a la bonificación, en la resolución debe asentarse el número y tipo de resolución; la fecha de emisión de la resolución; el nombre completo de la beneficiaria; la cédula nacional de identidad de la beneficiaria; el nombre completo y la cédula nacional de identidad de los hijos sin derecho a la bonificación, así como la exposición de los fundamentos que se tuvieron para el rechazo del beneficio solicitado. La solicitante podrá presentar una nueva solicitud y aportar elementos tendientes a obtener el pago de la bonificación solicitada. Asimismo, deberán presentar una nueva solicitud aquellas mujeres a las que se les hubiere concedido la bonificación por un determinado número de hijos y que con posterioridad acrediten la existencia de otros descendientes.

Las resoluciones masivas o individuales emitidas por el IPS como respuesta a las solicitudes de bonificación serán notificadas a las beneficiarias mediante correo certificado en el domicilio proporcionado en la solicitud, en un plazo máximo de dos días hábiles a partir de la fecha de su emisión. La notificación a través del correo certificado podrá ser reemplazada en dos supuestos: a. Cuando la notificación de la resolución se practique de manera personal a la beneficiaria de la bonificación al acudir al Centro de Atención del Instituto de Previsión Social (CAPRI) y b. Cuando la solicitante opte por la notificación de la resolución a través de medios electrónicos u otros medios. En ambos casos debe obrar constancia de la práctica de la notificación realizada.

²⁶ De acuerdo a su tipo las resoluciones, pueden ser masivas o individuales.

²⁷ Ley N° 20.255, op. cit.

C. CUANTÍA DEL BONO POR HIJO

El bono por hijo se incluye en el monto de las pensiones de las beneficiarias que tienen derecho a este beneficio vitalicio y es equivalente al diez por ciento de dieciocho ingresos mínimos mensuales²⁸, correspondientes a aquel fijado para los trabajadores mayores de dieciocho años y hasta los sesenta y cinco años vigente en el mes de nacimiento del hijo o a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 20.255 para los hijos nacidos con anterioridad al 1° de julio de 2009.

De esta manera, la fecha del nacimiento del hijo es la que determina la forma de pago de la bonificación. En el caso de los nacidos antes del 1° de julio de 2009 se aplicará el ingreso mínimo vigente en julio de 2009 (\$165,000), en los términos siguientes²⁹:

$$BHi = (IM \times 10\% \times 18) \times \left(\frac{I_n}{I_i} \right)$$

Donde:

BHi = Valor de la bonificación por hijo.

IM = Valor del ingreso mínimo correspondiente a julio de 2009.

In = Valor del Índice calculado por la Superintendencia de Pensiones correspondiente al mes anterior a aquél en que la beneficiaria cumple 65 años de edad. Si la beneficiaria cumplió 65 años de edad antes del 1° de julio de 2009, este valor corresponderá al Índice calculado por la Superintendencia de Pensiones correspondiente al mes de junio de 2009.

Ii = Valor del Índice calculado por la Superintendencia de Pensiones correspondiente al mes de junio de 2009.

En cambio, se aplicará el ingreso mínimo vigente en el momento del nacimiento cuando el alumbramiento tuviera lugar después del 1° de julio de 2009.³⁰

$$BHi = (IM \times 10\% \times 18) \times \left(\frac{I_n}{I_i} \right)$$

²⁸ Artículo 75 de la Ley 20.255, op. cit. De acuerdo con el artículo 1 de la Ley N° 21.112 que estableció los valores del ingreso mínimo mensual, a partir del 1° de septiembre de 2018 el valor del ingreso mínimo mensual es de \$288.000. En el artículo 2° del mismo ordenamiento legal se establece que el monto del ingreso mínimo mensual para los mayores de sesenta y cinco años de edad y para los trabajadores menores de dieciocho años de edad a contar del 1° de septiembre de 2018 tiene un valor de \$214.999, mientras que en el artículo 3° de la citada Ley se consigna que el ingreso mínimo que se emplea para fines no remuneracionales a contar del 1° de septiembre de 2018 tiene un valor de \$185.778. Ley N° 21.112 disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1123300> (fecha de consulta 12 de marzo de 2019).

²⁹ Superintendencia de Pensiones, Compendio de normas del Sistema de Pensiones disponible en <https://www.spensiones.cl/portal/compendio/596/w3-propertyvalue-3491.html> (fecha de consulta 11 de marzo de 2019).

³⁰ Idem.

Donde:

BHi = Valor de la bonificación por hijo.

IM = Valor del ingreso mínimo correspondiente al mes de nacimiento del hijo.

In = Valor del Índice calculado por la Superintendencia de Pensiones correspondiente al mes anterior a aquél en que la beneficiaria cumple 65 años de edad.

Ii = Valor del Índice calculado por la Superintendencia de Pensiones correspondiente al mes de nacimiento del hijo.

En ambos casos es necesario la aplicación de la tasa equivalente a la rentabilidad nominal anual promedio de los Fondos tipo C de las AFP (intermedio) por cada mes completo, contado desde el mes en que tuvo lugar el nacimiento del hijo y hasta el mes en que la madre cumpla los sesenta y cinco años de edad, además de la aplicación del porcentaje que representa sobre los Fondos de Pensiones el total de ingresos de las AFP por concepto de las comisiones a que se refiere el inciso segundo del artículo 28 del Decreto-Ley. N° 3.500³¹ con exclusión de la parte destinada al pago de la prima del contrato de seguro de invalidez y sobrevivencia.

En cualquier caso, de resultar inferior el monto de la bonificación mensual a la PBS,³² el IPS determinará el número de pagos ajustado a la PBS a que tiene derecho la beneficiaria conforme a la fórmula siguiente³³:

$$N = \frac{\left[BHm * 12 \left\{ \frac{\sum_{i=0}^w (l_{x+i} * (1+i)^{-(x+i)})}{l_x * (1+i)^{-x}} - \frac{11}{24} \right\} \right] - \left[\sum_{t=1}^n \frac{Pmt}{(1+i)^t} \right]}{PBS}$$

Donde:

N: Número de pagos ajustados a la PBS a que tiene derecho.

BHm: Bonificación mensual total por hijo nacido vivo expresada en pesos.

lx: Número de personas vivas a la edad i, obtenida de la tabla de mortalidad para beneficiarias.

i: Tasa de interés promedio implícita en las rentas vitalicias de vejez contratadas en los seis meses anteriores a la fecha en que la beneficiaria pierde su derecho a PBS, a pensión de sobrevivencia o aporte previsional solidario, según sea el caso.

x: Edad actuarial a la fecha en que la beneficiaria pierda su derecho a PBS, a pensión de sobrevivencia o aporte previsional solidario, según sea el caso.

³¹ Artículo 75 de la Ley 20.255, op. cit.

³² La Pensión Básica Solidaria es un beneficio mensual de dinero, pagado en el Instituto de Previsión Social (IPS, ex INP), que entrega el Estado, al cual pueden acceder todas las personas que no tengan derecho a pensión en algún sistema previsional y que integren un grupo familiar perteneciente a los sectores de menores ingresos del país de acuerdo al Registro Social de Hogares Existen dos tipos de PBS la de vejez y la de invalidez.

³³ Superintendencia de Pensiones, Compendio de normas del Sistema de Pensiones, op. cit.

w: Fin de la tabla de mortalidad.

PBS: El valor de la PBS vigente a la fecha en que la beneficiaria pierda su derecho a la PBS, a la pensión de sobrevivencia o aporte previsional solidario, según sea el caso.

Pmt: Monto mensual pagado por concepto de bonificación por hijo nacido vivo en el mes t , entre la fecha de término de la PBS, la pensión de sobrevivencia o el aporte previsional solidario y la fecha de cálculo.

n: Número de meses transcurridos entre la fecha de término de la PBS, la pensión de sobrevivencia o el aporte previsional solidario y la fecha de cálculo.

Para evitar que la bonificación por hijo pierda poder adquisitivo tendrá la misma reajustabilidad de la PBS, es decir, se reajusta de manera automática³⁴ en el cien por ciento de la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor (IPC) entre el mes anterior al último reajuste concedido y el mes en que dicha variación alcance o supere el 10%. De transcurrir doce meses desde el último reajuste sin que la variación del IPC alcance el 10%, se reajustará en el porcentaje de variación que hubiere experimentado en dicho período.

D. FORMA DE PAGO DEL BONO POR HIJO

La forma de cubrir la bonificación dependerá del tipo de pensión que percibe la beneficiaria. En este sentido, de tratarse de la madre afiliada al Decreto-Ley N° 3.500, el valor total de la bonificación será transferido a la cuenta de capitalización individual³⁵ en el mes siguiente a aquél en que cumplan los 65 años de edad.

Cuando la madre sea beneficiaria de la PBS de vejez, el IPS calculará una pensión autofinanciada de referencia que se determinará conforme al procedimiento establecido en la letra g) del artículo 2° de la Ley N° 20.255, considerando como su saldo la bonificación que por hijo nacido vivo le corresponda³⁶. De igual manera, se procederá en el caso de la madre que perciba una pensión de sobrevivencia que se origine en el sistema del Decreto-Ley N° 3.500, de 1980, o que sea otorgada por el Instituto de Normalización Previsional³⁷ sin estar afiliada a otro régimen previsional.

E. EFECTOS DEL BONO POR HIJO EN LA BRECHA PENSIONARIA

El principal efecto del bono por hijo es incrementar el monto de la pensión de las mujeres, como se advierte en el siguiente cuadro³⁸:

³⁴ El primer reajuste se aplicó el 1° de julio de 2010.

³⁵ Artículo 76 de la Ley N° 20.255, op. cit.

³⁶ Idem.

³⁷ En la actualidad el Instituto de Normalización Previsional, creado por el Decreto 3502, se denomina Instituto de Previsión Social

³⁸ Superintendencia de Pensiones, Pilar Solidario. Bono por hijo nacido vivo disponible en <https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/w3-article-11287.html> (fecha de consulta: 17 de marzo de 2019).

Edad	Hijos			Ingreso mínimo	Rentabilidad Fondo C ³⁹	Año inicio	Año término	Bono por hijo	Total
	Antes julio 2009	Después julio 2009	Fecha de nacimiento después julio 2009						
65	3	--	--	\$165.000	4.14%	2009	2018	\$554.985	\$1,664.955
40	2	--	--	\$165.000	3.67%	2009	2043	\$1,311.566	\$2,623.131
25	--	1	Enero 2018	\$276.000	3.50%	2018	2058	\$1,966.960	\$1,966.960

Cuadro 3. Monto de Bono por hijo.

El ingreso considerado para el cálculo es el ingreso mínimo vigente a la fecha de nacimiento del hijo. Para todos los hijos nacidos con anterioridad al 1 de julio de 2009, se asume que el ingreso mínimo es aquel vigente al 1 de julio de 2009, es decir, de \$165.000. Para los hijos nacidos posterior a esa fecha, se asume el ingreso mínimo vigente a la fecha. Montos en pesos a junio de 2018.

El impacto de la bonificación dependerá del número de hijos que se haya procreado o adoptado, del funcionamiento del sistema de pensiones, del salario mínimo vigente y de la expectativa de vida de las mujeres al momento de pensionarse. Desde la implementación del bono por hijo en 2009 hasta junio de 2018, un total de 487,050 mujeres han recibido el beneficio a través de traspasos de recursos a la cuenta de capitalización obligatoria, a través de incrementos de la PBS o de la pensión de sobrevivencia con APS. Bajo este escenario, con dos hijos en enero de 2017 la pensión se incrementó a 16,9 UF (\$445.29) lo que aumenta su pensión respecto al escenario base de un 4.3% y por consecuencia disminuye la brecha con respecto a los hombres de un 63.2% a un 56.6%⁴⁰.

Tan sólo de enero a junio de 2018 el número de beneficiarias de la bonificación fue de 290,044⁴¹ mujeres, lo que significó un incremento como promedio mensual por beneficiaria de \$9,393.00.

Otro beneficio importante que genera el pago de la bonificación es soslayar una menor disminución del nivel de las pensiones femeninas de ocurrir un retraso en el ingreso al mercado laboral. En un escenario normal la pensión más la bonificación es equivalente a 16.9 UF, sin embargo, de retrasarse la primera cotización en un año se percibirá una pensión más bonificación equivalente a 15.8 UF y de 13.8 UF cuando el retraso fuera de tres años, por lo que se aminora la reducción de los beneficios pensionarios de suscitarse las lagunas previsionales.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

³⁹ Descontado ingresos por comisiones.

⁴⁰ Superintendencia de Pensiones, Informe de género sobre el sistema de pensiones y seguro de cesantía, op. cit.

⁴¹ Incluye afiliadas al Decreto Ley N° 3.500 en régimen de pago con traspaso de recursos a la cuenta de capitalización individual obligatoria desde la implementación de la medida (2009) a junio de 2018 más beneficiarias que reciben pensión de sobrevivencia con APS y PBS.

La bonificación por hijo constituye una prestación estatal que aminora la brecha pensionaria producida, en su mayoría, por la deserción laboral femenina o la disminución de horas de trabajo, debido al embarazo y el posterior cuidado de los hijos, así como la presencia de las lagunas previsionales.

Como se ha podido observar, a lo largo del análisis de este artículo, en lo referente a la regulación del bono por hijo existe una falta de unidad normativa, toda vez que se encuentra reglamentado en el Decreto Ley N° 3.500, la Ley N° 20.255 y el Reglamento de la bonificación por hijo para las mujeres establecida en la Ley N° 20.255, los cuales a su vez, son modificados a través de distintas normas de carácter general y circulares⁴², cuyo contenido, en ocasiones, se desconoce por las beneficiarias.

Bajo este panorama es que se considera necesaria la revisión de la regulación de la bonificación por hijo para ajustarla a las modificaciones realizadas por la Superintendencia de Pensiones, cuya difusión es necesaria para facilitar el ejercicio de este derecho.

El otro aspecto que se considera importante resaltar es el referente al elemento subjetivo que percibe la bonificación por hijo. No obstante, que se encuentra reglamentado el pago de esta prestación para las madres biológicas y las adoptantes, no se prevé su otorgamiento para aquellas beneficiarias que a través de las técnicas de reproducción asistida logran procrear seres humanos que demandan amor y cuidados, al igual que los concebidos de manera natural.

Ante la creciente demanda de usuarios de las técnicas de reproducción asistida es necesario que se reglamenten sus efectos y se concedan los mismos beneficios que son otorgados a las madres biológicas y adoptivas, entre los que se encuentran, la bonificación por hijo que hemos analizado en este trabajo.

⁴² Norma de Carácter General N° 6, de 31 de mayo de 2011, Norma de Carácter General N° 9, de 13 de junio de 2011, la Norma de Carácter General N° 109, de 20 de febrero de 2014, la Norma de Carácter General N° 144, de 10 de junio de 2015 y la Norma de Carácter General N° 172, de 8 de abril de 2016, Circular 1625 emitida el 25 de junio de 2009, la Circular 1714, de 20 de julio de 2010, por citar algunos ejemplos.



Recibido: 24.09.2019. Aceptado: 11.12.2019

Los derechos sociales de los migrantes irregulares en México

The social rights of irregular migrants in Mexico

Gabriela Mendizábal Bermúdez

Profesora-investigadora, titular C

Universidad Autónoma del Estado de Morelos (México)

gabymendizabal@yahoo.com.mx

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3681-4025>

Francisca Salih-Sánchez del Hierro

Doctoranda

Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik de Múnich (Alemania)

sanchez@mpisoc.mpg.de

ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-2354-6917>

RESUMEN

La importancia de la migración en México procede de la diversidad de sus componentes (migración interna, externa, transnacional, laboral, irregular, de tránsito, etc.) y su problemática que se mezcla con la problemática nacional: pobreza, inseguridad social y delincuencia organizada. El fenómeno de la migración en el país está inmerso en diversos contextos sociales y ámbitos como la política, la economía, conflictos sociales y laborales, entre otros, los que han dado origen para que estas migraciones vayan en aumento. Desafortunadamente hay un vacío en la garantización de los derechos sociales de los migrantes irregulares, ya que no cuentan con una certeza jurídica en su otorgamiento derivado de su calidad migratoria. De tal suerte, que este trabajo se enfoca a realizar un análisis de los migrantes irregulares en México y el acceso efectivo a sus derechos sociales.

PALABRAS CLAVE: Migración, derechos sociales, migrantes irregulares.

ABSTRACT

The importance of migration in Mexico comes from the diversity of components (internal, external, transnational, labor, irregular, transit migration, etc.) migration and its own specific problems which are mixed with national problems such as poverty, social insecurity and organized crime. The phenomenon of migration in this country is immersed in various social contexts and areas such as politics, economics, social and labor conflicts, among others, which have caused increment of migration rate. Unfortunately, there is a gap in the guarantee of the social rights of irregular migrants, since they do not have legal certainty in their granting derived from their migratory status. Therefore, this work focuses on the effective access to social rights for irregular migrants in Mexico.

KEY WORDS: Migration, social rights, irregular migrants.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. MARCO CONCEPTUAL Y CAUSAS DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR

A. CONCEPTUALIZACIÓN DE MIGRANTES IRREGULARES

B. CAUSAS DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR

III. NORMAS QUE REGULAN LA MIGRACIÓN EN MÉXICO

A. REGULACIÓN INTERNACIONAL

B. MARCO REGULATORIO DE LA MIGRACIÓN EN LATINOAMÉRICA

C. MARCO NORMATIVO MEXICANO

IV. ANÁLISIS DE LA GARANTIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES PARA MIGRANTES IRREGULARES

A. SALUD

B. EDUCACIÓN

C. EMPLEO

D. VIVIENDA

V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la migración en México deriva de la diversidad de sus componentes (migración interna, externa, transnacional, laboral, irregular, de tránsito, etc.) y la problemática que comporta en sí misma (necesidades de los migrantes), que se mezcla con la problemática nacional: pobreza, inseguridad social y delincuencia organizada (narcotráfico, tráfico de órganos, de personas, etc.), principalmente.

La migración en México es un fenómeno que en menos de un siglo pasó por diversas etapas, dentro de las que se reconocen más fácilmente las siguientes:

- a) Acuerdos Braceros. Un programa binacional, con inicio en la década de los 40's (1942-1964) fomentada por el gobierno de los Estados Unidos de América (USA) para atraer mano de obra mexicana a través de los programas denominados braceros.
- b) Crisis económicas y emigración. La migración se constituyó una válvula de escape para las presiones del gobierno mexicano, frente a las crisis económicas recurrentes y la falta de desarrollo laboral desde la década de los ochentas.
- c) Altos niveles de remesas como uno de los principales ingresos del país. En este siglo la migración se ha convertido en una de las actividades más lucrativas para el país, al alcanzar las remesas de los emigrantes mexicanos el ingreso más alto, aún por encima del turismo y de la venta del petróleo por primera vez en el año 2015. En el año 2018 nuevamente se acumuló un récord histórico de 33,480 millones de USD¹, con un crecimiento de 10.5 % más respecto al año previo.
- d) Migración en tránsito. México es el mayor país latinoamericano expulsor de migrantes y con mayor flujo de inmigrantes en tránsito (450 mil migrantes anuales). Hoy en día los migrantes en tránsito, ya no son solo latinoamericanos, sino que se presentan grandes oleadas humanas también integradas por migrantes africanos. En los últimos dos años la emigración aumentó 150%, principalmente la de niños y adolescentes².

En este contexto, este artículo analiza el marco legal para el tratamiento de los migrantes irregulares en México y las prestaciones sociales a las que tienen derecho, con la intención de determinar si las normas garantizan el efectivo acceso a los siguientes derechos sociales: salud, educación, trabajo y vivienda.

En atención a una metodología deductiva planteada, este artículo se compone de tres apartados: el primero contextualiza la problemática a través del marco conceptual y causas de la migración irregular. El segundo se ocupa de hacer un planteamiento general, de las principales normas que regulan la migración en México, desde su vertiente internacional, regional (Latinoamérica) y por supuesto nacional. Debe aclararse que a pesar de hacer mención a los instrumentos internacionales sobre refugiados, en el presente

¹ El economista, *México captó flujo histórico de remesas en 2018 de 33, 480 millones de dólares*, en: <https://www.economista.com.mx/sectorfinanciero/Mexico-capto-flujo-historico-de-remesas-en-2018-de-33480-millones-de-dolares-20190201-0049.html>, fecha de consulta: 10 de septiembre de 2019.

² La Jornada, *En dos años aumentó 150% el flujo de migrantes INM*, en <http://www.jornada.unam.mx/2016/08/04/politica/009n1pol> de ONU, fecha de consulta 09 de septiembre de 2019.

artículo únicamente se aborda la protección de los derechos sociales de los migrantes irregulares, ya que estos son aquellos que se encuentran en un mayor grado de desprotección.

El tercer apartado analiza las normas mexicanas que deberían garantizar el acceso a los derechos sociales a los migrantes irregulares, a través del otorgamiento de prestaciones previamente establecidas. Prestaciones de cuatro rubros específicos: salud, educación, trabajo y vivienda.

Por último, el artículo cierra con las respectivas conclusiones y las fuentes de investigación correspondientes.

II. MARCO CONCEPTUAL Y CAUSAS DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR

A. CONCEPTUALIZACIÓN DE MIGRANTES IRREGULARES

Tanto la Ley de Migración, como su respectivo reglamento no mencionan a ésta como una categoría o condición migratoria. No obstante, se hace alusión en varias ocasiones e inclusive se establecen derechos para las personas extranjeras que se encuentren en situación migratoria irregular, bajo casos específicos. Por ejemplo: víctimas de delitos o menores sin acompañamiento con posibilidades a acceder una visa por razones humanitarias. Para los migrantes irregulares, la Ley de Migración establece un procedimiento para acceder a su regularización migratoria, sin embargo, los requisitos no son fácilmente accesibles para la mayoría.

De ello se puede concluir que migrante irregular es el migrante que no cuenta con el permiso oficial válido de internación en el territorio nacional y cuya situación irregular no es posible solucionarla por no reunir los requisitos para obtener una visa por razones humanitarias, vínculo familiar, renovación de documento vencido, turismo o como visitante con o sin actividades económicas.

B. CAUSAS DE LA MIGRACIÓN IRREGULAR

Los flujos migratorios en América Latina han estado vinculados estrechamente con las disparidades en el ámbito económico, social y político que se vive en la región. Durante la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX muchos migrantes, especialmente provenientes del Sur de Europa, se radicaron en varios países latinoamericanos. A partir de los años 70, cuando el flujo migratorio proveniente de Europa se redujo, muchos latinoamericanos empezaron a migrar principalmente hacia USA, debido a las crisis económicas que se vivían en los distintos países de la región³.

De acuerdo a un estudio de la CEPAL la migración hacia otros países fuera de la región se ha reducido drásticamente durante la última década, mientras que la migración intrarregional se ha incrementado⁴. Alrededor de 28.5 millones de latinoamericanos viven fuera de su país de origen, lo que representa el 4% de la población total de la región. Con

³Traducción personal a partir de Córdoba, R., *Migratory routes and dynamics between Latin American and Caribbean (LAC) countries and between LAC and the European Union*, International Organization for Migration, Brussels, 2012, p. 9.

⁴ *Ídem*.

respecto a la migración intrarregional, el estudio estima que el flujo migratorio llegó a una tasa anual de 3,5% entre el 2001 y 2010, lo que demuestra una aceleración con respecto a los 20 años anteriores⁵. Aproximadamente 7.6 millones de migrantes se encuentran viviendo en Latinoamérica, de los cuales la mayoría nacieron en un país de la región⁶. Los últimos datos revelan que entre el 2010 y el 2015 la migración creció un 2,3% anualmente y que el 80% de los migrantes residentes en Latinoamérica provienen de un país de la región⁷.

En este contexto, es claro que la migración continúa siendo concebida como una alternativa a la crisis que se vive en la mayoría de países latinoamericanos caracterizada por la inestabilidad económica, las amenazas ambientales y los conflictos políticos. El hecho de que comunidades de migrantes estén bien establecidas en los países receptores contribuye a que muchos se decidan a migrar aunque sea utilizando vías informales⁸.

En efecto, la migración irregular ha aumentado en la región y tiene causas múltiples. Se debe mencionar que la migración es un fenómeno mixto y complicado, lo que dificulta la identificación del tipo de migrante. Muchas de las personas que cruzan las fronteras de manera irregular no encajan en la categoría de migrante económico o refugiados, debido a que utilizan las mismas rutas y sus motivos se superponen⁹.

En el mundo existen actualmente 68,5 millones de desplazados¹⁰. De acuerdo con el reporte anual de ACNUR de 2015 sobre tendencias globales de desplazamiento forzado existe un incremento en la violencia por parte de pandillas, y a causa del tráfico de drogas el crimen organizado en El Salvador, Guatemala y Honduras, lo que obligó a que miles de personas huyan hacia México y USA¹¹.

En los últimos años, la migración de niños, niñas y adolescentes centroamericanos no acompañados hacia México y USA ha incrementado debido a varios factores que interactúan entre sí. La pobreza absoluta, la violencia de las maras, la escasez de oportunidades educativas y la reunificación familiar son algunos de los motivos por los que muchos deciden migrar especialmente hacia USA¹².

⁵ El País, *Veinte años del boom de la inmigración latinoamericana*, en: https://elpais.com/politica/2018/01/08/actualidad/1515409208_575807.html, consultado el 10 de septiembre de 2019.

⁶ *Idem.*

⁷ *Idem.*

⁸ Traducción personal a partir de O'Neil, K.; Hamilton, et al., *Migration in the Americas, a paper prepared for the Global Commission on International Migration*, Washington DC, 2005, pp. 1-43.

⁹ Traducción personal a partir de Betts, A., "Towards a 'Soft Law' Framework for the Protection of Vulnerable Irregular Migrants", *International Journal of Refugee Law*, 2010, Vol. 22 n. 2, p. 209-236.

¹⁰ UNHCR, *Tendencias globales, desplazamiento forzado 2018*, en <https://www.acnur.org/5d09c37c4.pdf>, fecha de consulta: 10 de septiembre de 2019.

¹¹ *Idem.*

¹² UNICEF, *Desarraigados en Centroamérica y México*, en https://www.unicef.org/lac/sites/unicef.org/lac/files/2018-08/20180817_UNICEF-ChildAlert-2018-CentralAmericaMexico_SPA.pdf, consultado el 10 de septiembre de 2019.

III. NORMAS QUE REGULAN LA MIGRACIÓN EN MÉXICO

A. REGULACIÓN INTERNACIONAL

Tal como se ha venido observando a lo largo de este artículo, se puede ver que la migración es un fenómeno que preocupa no solo a los organismos nacionales, sino que también se ven involucrados necesariamente organismos internacionales que pretenden dar una mayor protección a los migrantes. Tal es el caso del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

Los instrumentos más importantes a nivel internacional y que sirvieron como base para la declaración y firma de otros instrumentos regionales son:

- a) La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados es y seguirá siendo el instrumento internacional más importante en la regulación de las migraciones. Fue adoptada en julio de 1951 y entró en vigor en abril de 1954 conforme a lo estipulado en su artículo 43.

Este instrumento estableció las bases jurídicas internacionales conceptuales de lo que es refugiado, así como las bases y reglas de las personas que se les otorgará asilo en los Estados Partes receptores.

Dentro de la Convención se establecen los derechos que gozarán los refugiados dentro de un Estado Parte de acogida. Dichos derechos derivan de la libre práctica de religión, de asociación, acceso a la justicia, trabajo, educación, vivienda, asistencia pública y por su puesto el acceso a la seguridad social¹³.

- b) Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados.

Es un instrumento firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967 y entró en vigor el 4 de octubre del mismo año. Tiene como finalidad eliminar la limitación geográfica y temporal que se establece en la Convención de 1951. En este protocolo se amplía el concepto de refugiados a todos aquellos cuyos eventos que dieron lugar a dicha condición surgieron después del 1° de enero de 1951.

- c) Convención sobre el Estatuto de los Apátridas.

La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas se adoptó el 28 de septiembre de 1954 y entró en vigor el 6 de junio de 1960. Este instrumento busca otorgar derechos a las personas que se encuentren en los supuestos de apatridia, para darles una certeza jurídica en tópicos como la libertad de religión, adquisición de bienes muebles e inmuebles, acceso a los tribunales, vivienda, educación pública y asistencia social, entre otros, para procurar su desarrollo como cualquier individuo.

¹³ *Cfr.* UNHCR, Convención sobre el estatuto de los refugiados, en: <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>, fecha de consulta: 10 de septiembre de 2019.

La Convención se enfoca además en que los apátridas que residan legalmente en cualquier Estado Parte se les deberá otorgar el mismo trato que a los nacionales, en cuanto a remuneración e inclusive subsidios familiares cuando formen parte de la remuneración, horas de trabajo, disposiciones sobre horas extraordinarias de trabajo, vacaciones con paga, restricciones al trabajo a domicilio, edad mínima de empleo, aprendizaje y formación profesional, por mencionar los más importantes¹⁴.

Al igual que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, también el Estatuto de los apátridas protege los derechos derivados de los seguros sociales (enfermedades profesionales, maternidad, invalidez, etc.).

Se debe hacer mención, que esta convención es similar a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, la distinción relevante son los sujetos objeto de la convención analizada.

B. MARCO REGULATORIO DE LA MIGRACIÓN EN LATINOAMÉRICA

En el contexto de la regulación de los movimientos migratorios en Latinoamérica destacan seis declaraciones, que a pesar de tratarse de *soft law* han tenido un gran impacto en las legislaciones nacionales, éstas son: Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984; Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1991; Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina del 2004; Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano de 2010; y la Declaración de Brasil un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe del 2014, con su correlativo Plan de Acción de Brasil “Una Hoja de Ruta Común para Fortalecer la Protección y Promover Soluciones Sostenibles para las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe dentro de un Marco de Cooperación y Solidaridad” y la Declaración de Nueva York para migrantes y refugiados de 2016.

Por la importancia en el contenido en relación a los migrantes irregulares sobresalen la Declaración de Cartagena y el Plan de Acción de México, como se verá a continuación:

a) Declaración de Cartagena.

Desde finales del siglo XIX se habían desarrollado en Latinoamérica normas regionales sobre asilo territorial y diplomático que se cristalizaron a partir de 1889 en diversos instrumentos regionales de carácter vinculante para los Estados¹⁵. De hecho desde la década de 1930 los países de América Latina que habían sido pioneros en la promoción del reconocimiento positivo de asilo a nivel internacional adoptarían una actitud distante a todo el proceso que condujo a la Convención sobre el Estatuto de Refugiados.

¹⁴ Artículo 24. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas.

¹⁵ Demant, E., “30 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Avances y desafíos de la protección de refugiados en Latinoamérica”, *Agenda Internacional*, 2013, año XX, n° 31, pp. 131-140.

Es por ello que durante la mayor parte del siglo XX los Estados latinoamericanos plantearon soluciones regionales a la crisis del desplazamiento forzado a través de instrumentos legales regionales, diseñados para responder a casos individuales bajo circunstancias específicas sin formar parte del marco jurídico universal del Derecho Internacional de los Refugiados¹⁶.

Sin embargo, desde los años setenta el enfoque regional de la protección internacional se ha vuelto cada vez más insuficiente ante los cambios en la dinámica del desplazamiento forzado en América Latina como consecuencia de las políticas sistémicas de violación de derechos humanos implantadas por las dictaduras del Cono Sur, y de manera más aguda, los conflictos en América Central¹⁷. A lo largo de los años setenta y ochenta, casi dos millones de personas de El Salvador, Guatemala y Nicaragua fueron desplazadas por el conflicto regional, que tuvo sus orígenes en la confiscación de tierras, la distribución desigual de la riqueza y la restricción del disfrute de los derechos políticos¹⁸.

Por primera vez la región se enfrentó al fenómeno de los desplazamientos masivos, lo que dio forma a la elaboración de respuestas normativas para abordar de manera más adecuada los problemas planteados por el desplazamiento regional masivo. Ante esta nueva dinámica del desplazamiento forzado en la región era necesario encontrar un marco normativo flexible y pragmático que brinde protección a quienes la necesitan, reflejando al mismo tiempo el interés y las preocupaciones legítimas de los Estados¹⁹.

Bajo estas circunstancias, la necesidad de modificar los marcos de protección internacional fue debatida públicamente por primera vez en 1981 durante el Coloquio de Tlatelolco, así como en un estudio conjunto en el marco del acuerdo de cooperación OEA/ACNUR²⁰. Las preocupaciones por la seguridad y la estabilidad regional, así como la violación de derechos humanos en la región contribuyeron a la adopción de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984²¹. La definición de qué categorías de personas debían estar protegidas representó un problema principal durante dicha reunión.

La Declaración de Cartagena es un instrumento internacional de carácter regional no vinculante adoptado por un grupo de expertos gubernamentales y académicos de Guatemala, Belice, Honduras, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica y países del Grupo Contadora²².

¹⁶ Traducción personal de Arboleda, E., “Refugee Definition in Africa and Latin America”, *International Journal of Refugee Law*, 1991, vol. 3, n. 2, pp. 185-207.

¹⁷ Cantor, D. J. and Trimiño Mora, D., “¿Una solución simple para los refugiados que huyen de la guerra? La definición ampliada de América Latina y su relación con el derecho internacional humanitario”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2015, vol. XV, p. 165-194.

¹⁸ Traducción personal a partir de Barichello, S., “The Evolving System of Refugees' Protection in Latin America”, en Gauci, J.-P. and Giuffré, M., Tsourdi, E. (eds), *Exploring the Boundaries of Refugee Law: Current Protection Challenges*, Ed. Brill | Nijhoff, Leiden, 2015, pp. 149-171.

¹⁹ Murillo González, *El derecho de asilo y la protección de refugiados en el continente latinoamericano*, en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8340.pdf>, fecha de consulta: 17 de septiembre de 2019.

²⁰ *Ídem*.

²¹ Traducción personal a partir de Harley, T., “Regional Cooperation and Refugee Protection in Latin America: A ‘South-South’ Approach”, *International Journal of Refugee Law*, 2014, vol. 26, no. 1, pp. 22-47.

²² México, Colombia, Panamá, Venezuela.

La Tercera Conclusión recomienda que la definición de refugiado debería “además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considerar también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”. Se trata de la primera declaración internacional en la que se reconoce que las víctimas de violencia generalizada, conflictos internos y violaciones masivas de los derechos humanos puedan obtener el estatuto de refugiado²³.

El objetivo principal de la Declaración de Cartagena es promover la adopción de legislación nacional para aplicar la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como, la armonización sistemática en materia de refugiados en la región²⁴. Para lograr este objetivo, se recomendó que la definición regional de refugiado complementara la definición de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967²⁵.

La Declaración de Cartagena no definió cada uno de los términos incorporados en la definición de refugiado. En la práctica estos términos han sido aplicados en situaciones de guerra o conflicto civil, dictaduras o en casos en que los gobiernos nacionales son incapaces de garantizar la vida, seguridad o libertad de sus ciudadanos²⁶.

De hecho, la Declaración de Cartagena no se ciñó a la terminología utilizada en el derecho internacional. Términos como “violencia generalizada y “violaciones masivas de los derechos humanos” se utilizaron para caracterizar y describir los acontecimientos en América Central²⁷.

La Declaración incluye también recomendaciones respecto a la protección y el tratamiento que se debe ofrecer a los refugiados durante todo el ciclo de desplazamiento forzado y constituye una referencia respecto a la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de los solicitantes de asilo y refugiados, así como para los desplazados²⁸.

En ese contexto, la Declaración de Cartagena se refiere a la importancia de garantizar los estándares básicos de protección y asistencia a los refugiados, particularmente en las áreas de salud, educación, empleo y seguridad y establece

²³ Arboleda, E., “Refugee Definition in Africa and Latin America”, *op. cit.* pp. 189-190.

²⁴ Declaración de Cartagena, Conclusión I.

²⁵ Traducción personal a partir de Kneebone, S., “Comparative regional protection frameworks for refugees: norms and norm entrepreneurs”, *The International Journal of Human Rights*, 2016, vol. 20, n. 2, pp. 153-172.

²⁶ Harley, T., “Regional Cooperation and Refugee Protection in Latin America: A ‘South-South’ Approach”, *op. cit.*, p. 25.

²⁷ Arboleda, E., “Refugee Definition in Africa and Latin America”, *op. cit.*, pp. 204-205.

²⁸ Traducción personal a partir de UNHCR, *The refugee situation in Latin America: Protection and Solutions Based on the Pragmatic Approach of the Cartagena Declaration on Refugees of 1984*, Discussion Paper (2004) 263. En <https://academic.oup.com/ijrl/article-abstract/18/1/252/1538720>, fecha de consulta: 10 de septiembre de 2019.

un estándar para el aseguramiento mínimo de los mismos basados en los instrumentos internacionales de derechos humanos²⁹.

Finalmente, la Declaración de Cartagena ha sentado un precedente notable al destacar la importancia del acceso a los derechos económicos, sociales y culturales, como son salud, educación, empleo y oportunidades de subsistencia, para garantizar la integración local de los refugiados³⁰.

- b) Declaración y Plan de Acción de Brasil sobre personas refugiadas, desplazadas y apátridas de 2014.

Brasil fue la sede para los últimos dos encuentros de gobiernos latinoamericanos y el ACNUR, que dieron origen a su vez dos declaraciones y un plan de acción (2010 y 2014).

En relación a los migrantes irregulares, la principal particularidad del Plan de acción de Brasil del 2014 “Una Hoja de Ruta Común para Fortalecer la Protección y Promover Soluciones Sostenibles para las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe dentro de un Marco de Cooperación y Solidaridad” es que emite postulados relevantes en función a la necesidad de fortalecer los marcos jurídicos vigentes para garantizar el efectivo acceso a los derechos sociales para los migrantes, como la salud, educación, vivienda y empleo, a través de los diversos programas que incluye como parte de las soluciones integrales, complementarias y sostenibles: Programa “Repatriación Voluntaria”; Programa “Integración Local”; Programa “Reasentamiento Solidario”; y Programa “Movilidad Laboral”.

En materia de integración resalta la importancia de multiplicar esfuerzos para garantizar el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, incluidos los laborales, teniendo en cuenta las necesidades diferenciadas de los grupos y poblaciones en situación de vulnerabilidad, a efecto de promover su integración local; promueve la movilidad laboral de refugiados a terceros países y establece la importancia de fomentar programas de capacitación profesional y vocacional, y de adaptación cultural, social y lingüística, así como de mecanismos efectivos y ágiles de reconocimiento y homologación de estudios. Además es incisivo al obligar a los Estados a velar para que las contribuciones del refugiado al sistema de seguridad social del país de recepción sean reconocidas en el primer país de asilo en caso de un eventual retorno al mismo³¹.

- c) Declaración de Nueva York de 2016 para migrantes y refugiados.

Aprobada en la Reunión de Alto Nivel de Naciones Unidas y pactada por los 193 Estados miembros de Naciones Unidas, es un documento de gran envergadura y trascendencia no sólo por el número de países signatarios sino por los derechos y protección que se le brinda al migrante y refugiado.

²⁹ Declaración de Cartagena, Conclusión XI.

³⁰ Demant, E., “30 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Avances y desafíos de la protección de refugiados en Latinoamérica”, *op. cit.*, pp. 131-140.

³¹ Declaración de Brasil, Un marco de cooperación y solidaridad regional para fortalecer la protección Internacional de las personas refugiadas, desplazadas y apátridas en América Latina y el Caribe, en <https://www.acnur.org/5b5100c04.pdf>, fecha de consulta 10 de septiembre de 2019.

Esta declaración se establece un año después de la firma de la agenda mundial de la ONU al 2030, denominada “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, en la que se reconoce la contribución de los migrantes al desarrollo económico mundial. En materia de derechos sociales para migrantes destaca el compromiso hacia la protección de los derechos humanos de todos los refugiados y migrantes, independientemente de su condición; reconociendo explícitamente que “todos son titulares de derechos”³².

Por lo que, la Declaración es un instrumento que reafirma los compromisos de la citada agenda, y lleva la atención al compromiso necesario para alcanzar sus objetivos, desde la perspectiva de las necesidades de los migrantes. Sin embargo, del análisis del citado texto se deduce que hay una diferencia considerable entre los compromisos para transformar la migración irregular, ya que la Declaración se compromete solo al estudio de la posibilidad de facilitar oportunidades para la migración segura, ordenada y regular, la creación de empleo y las oportunidades relacionadas con la educación³³. Mientras que para los refugiados si se delimita el compromiso de prestarles asistencia humanitaria, así como a garantizar la atención médica básica (incluida la salud sexual y reproductiva), la vivienda, la alimentación, el agua y el saneamiento³⁴.

C. MARCO NORMATIVO MEXICANO

El gobierno federal mexicano dicta los derechos de los extranjeros y los inmigrantes en México. Corresponde a la Secretaría de Gobierno, en lo sucesivo (SEGOB) del Poder Ejecutivo (equivalente al Ministerio del Interior) determinar qué derechos se conceden a los inmigrantes. La SEGOB tiene como misión: *Contribuir a la gobernabilidad democrática y el desarrollo político de México a través de una buena relación del Gobierno Federal con los Poderes de la Unión y los demás niveles de gobierno para garantizar la seguridad nacional, la convivencia armónica y el bienestar de los mexicanos en un Estado de Derecho*³⁵.

El marco jurídico vigente se compone de las siguientes leyes: Ley de Migración del 2011, el Reglamento de la Ley de Migración del 2012 y la Ley Sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político del 2011.

La legislación mexicana vigente suprimió el término de categorías de migrantes y ahora contempla tres tipos de “condición de estancia” migratoria, a través de las cuales otorga visas de internamiento legal en el territorio nacional como: a) visitante, b) residente temporal y c) residente permanente³⁶.

³² Naciones Unidas, *Proyecto de resolución remitido a la reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General sobre la respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes en su septuagésimo período de sesiones Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*, Estados Unidos de América, 2016, p. 2.

³³ *Ibidem*, p. 13.

³⁴ *Ibidem*, pp. 17- 20.

³⁵ Secretaría de Gobernación, *¿Qué hacemos?* En: <https://www.gob.mx/segob/que-hacemos>, consultado el 10 de septiembre de 2019.

³⁶ Ley de Migración, artículo 52.

- a) En la condición de estancia de visitante se otorgan las siguientes visas: visitantes sin permiso para realizar actividades remuneradas; visitantes con permiso para realizar actividades remuneradas; visitantes para realizar trámites de adopción; visitantes regionales; visitantes trabajador fronterizo y visitantes por razones humanitarias. Solo estos últimos podrán cambiar de condición de estancia, el resto tendrán que salir del país al concluir el período de permanencia autorizado y pueden ser cualquiera de los siguientes:
- Los ofendidos, víctimas o testigos de algún delito cometido en territorio nacional.
 - Niños y adolescentes sin acompañamiento.
 - Los solicitantes de asilo político o de la condición de refugiado o participantes del procedimiento de determinación apátrida.
 - Los extranjeros que no se ubiquen en los supuestos anteriores, cuando exista una causa humanitaria o de interés público que haga necesaria su internación o regularización en el país.

En su caso, se entiende, por interés humanitario: A la persona extranjera que, por riesgo a la salud o vida propia, o por su situación de vulnerabilidad no pueda ser devuelto a su país de origen, o no pueda continuar con su viaje. Y por interés público, a la persona extranjera cuya internación se requiera para apoyar en acciones de auxilio o rescate en situaciones de emergencia o desastre en el territorio nacional.

Por causa de fuerza mayor, a la persona extranjera a bordo de aeronaves o embarcaciones en tránsito internacional, y que por contingencia técnica o condiciones climatológicas, requieran ingresar y permanecer en el país hasta el restablecimiento o mejora de dichas condiciones³⁷.

- b) Condición de estancia de residente temporal: en esta condición se otorgan visas de residencia temporal [general] y a estudiantes.
- c) Condición de estancia de residente permanente: incluye las visas para los residentes permanentes, los refugiados y asilados.

Debe resaltarse que la legislación mexicana recoge en la fracción del artículo 3 de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político la definición dada por la Convención de Ginebra, en la segunda fracción incluye literal la definición de refugiado de la Convención de Cartagena, y en la tercera fracción amplía la definición elevando a una norma jurídica la propuesta de la ACNUR sobre los refugiados “*sur place*”³⁸ al señalar que un supuesto para ser refugiado también es:

³⁷ Reglamento de la Ley de Migración, art. 63.

³⁸ Agencia de la ONU para los Refugiados, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Interpretación de los términos empleados, párrafos 94-96, 1992, Ginebra, en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7575.pdf>, fecha de consulta: 10 de septiembre de 2019.

III. Que debido a circunstancias que hayan surgido en su país de origen o como resultado de actividades realizadas, durante su estancia en territorio nacional, tenga fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, o su vida, seguridad o libertad pudieran ser amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público³⁹.

En adición a lo anterior es importante mencionar que, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aún no ha realizado propiamente pronunciamientos referentes a la garantización de los derechos sociales de los migrantes irregulares. Pese a lo anterior, dada la relevancia del tema, en 2013 emitió el *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a migrantes y sujetas de protección internacional*⁴⁰, el cual se compone por el marco jurídico, los principios generales que se deben tomar en cuenta, los derechos para hacer efectivo el acceso a la justicia; así como las reglas generales y específicas de actuación.

IV. ANÁLISIS DE LA GARANTIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES PARA MIGRANTES IRREGULARES

A. SALUD

El acceso al derecho a la salud está regulado en la Constitución, la Ley General de Salud y la Ley de Migración. De acuerdo a lo establecido en el art. 4 de la Constitución toda persona tiene derecho a la protección de su salud, para lo que la Ley establecerá las modalidades de acceso a los servicios de salud. El art. 35 de la Ley General de Salud señala que los servicios de salud públicos se prestan en los establecimientos de salud a los residentes del país que así lo requieran. Por último, el art. 7 de la Ley de Migración establece que los migrantes tienen derecho a recibir servicios de asistencia médica y psicológica en las estancias migratorias.

Por lo tanto, el derecho a la salud de los migrantes se reconoce como una obligación del Estado de respetar el derecho de los ciudadanos migrantes en situación migratoria irregular, solicitantes de asilo y refugiados a un grado adecuado de salud física y mental, lo cual incluye, entre otras cosas, abstenerse de negar o limitar su acceso a servicios de salud preventiva y curativa.

El Instituto Nacional de Migración (INM), a través de sus delegaciones estatales tiene convenios suscritos en materia de salud con la Secretaría de Salud estatal para dar atención a los migrantes que lo requieran; desafortunadamente, ésta se limita a un examen médico de los migrantes irregulares a su llegada a los centros de detención migratoria y a intervenciones médicas de urgencias.

En las delegaciones del INM justifican esta restricción a la fundamentación del artículo 28 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, misma que establece que los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica

³⁹ Ley sobre refugiados, protección complementaria y asilo político, art. 3.

⁴⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes sujetas a protección internacional.

urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. En mayor detalle, establece que la atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo.

B. EDUCACIÓN

El derecho a la educación se encuentra garantizado en el artículo 3 de la Constitución mexicana, que señala que toda persona tiene derecho a recibir educación y la educación pública es gratuita. De acuerdo a lo establecido en el artículo 8 de la Ley de Migración, los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, tienen derecho a acceder a los servicios de educativos provistos por el sector público y privado, conforme a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables. En su último párrafo establece que, *en la prestación de servicios educativos y médicos, ningún acto administrativo establecerá restricciones al extranjero, mayores a las establecidas de manera general para los mexicanos.*

Por otro lado, el artículo 226 del Reglamento a la Ley de Migración señala que los extranjeros que se encuentran en las estaciones migratorias tiene derecho a formar parte de actividades recreacionales, educativas y culturales. Para el caso específico de niños y adolescentes, el artículo 230 establece que tienen derecho a participar en actividades recreacionales, educativas y culturales durante toda su estancia en las estaciones migratorias.

Por su parte, la Ley de los Derechos de los Niños y Adolescentes garantiza el derecho a la educación para niños y adolescentes, quienes tienen el derecho a una educación de calidad que contribuya al conocimiento de sus propios derechos y garantice el respeto por la dignidad humana.

Tomando en consideración que la mayoría de migrantes irregulares que llegan a México no pretenden quedarse en el país, el acceso a servicios educativos principalmente para los niños y adolescentes no acompañados no tiene aplicación en la práctica y, por lo tanto, de la forma en que está regulado en las leyes mexicanas, no se garantiza el derecho a la educación.

C. EMPLEO

El derecho al trabajo se encuentra regulado por la CPEUM en su artículo 5 que señala “*A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos...*”, el cual se complementa con el art 123 que establece: *Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley*⁴¹, sin embargo, cuando se trata de migrantes, las leyes reglamentarias presentan normas contradictorias.

Al respecto la la Ley Federal del Trabajo menciona en dos artículos diferentes que está prohibida la discriminación por razón de condición migratoria⁴², lo que permitiría que

⁴¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 123.

⁴² Ley Federal de Trabajo, artículos 2 y 3.

cualquier trabajador extranjero, sin importar si es indocumentado o su condición migratoria pueda trabajar en el territorio nacional.

Sin embargo, la propia ley se contradice y es discriminatoria hacia los extranjeros en general en dos artículos:

El artículo 7 impone una restricción a la contratación de extranjeros al señalar que el patrón deberá emplear un 90% de trabajadores mexicanos, por lo menos y además que en el caso de los técnicos y profesionales, todos los trabajadores deberán ser mexicanos, salvo que no los haya y la regla es inaplicable a los directores, administradores y gerentes generales.

De la misma forma el art. 372 excluye a los extranjeros de la directiva de los sindicatos.

Para los refugiados la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político (art. 44), confirma el derecho establecido en la CPEUM y por su parte la Ley de Migración señala que al tener la condición de estancia como residente permanente, podrá tener acceso a realizar una actividad lícita remunerada en el territorio nacional⁴³.

Por su parte los visitantes por razones humanitarias no cuentan con permiso oficial para trabajar. La ley no es muy clara, sin embargo establece la restricción laboral al permiso de internación que es una visa temporal limitada al tiempo que dure el proceso para determinar su situación (de 15 a 60 días)⁴⁴, al término del cual deberán salir del país o solicitar una nueva condición de estancia. Esa nueva condición migratoria podría cambiar y garantizar el derecho a trabajar si se reúnen los requisitos para obtener un permiso de residente temporal con permiso para actividades lucrativas⁴⁵.

Por lo tanto, se puede afirmar que la legislación mexicana es contradictoria y no garantiza el acceso al trabajo a los migrantes que no cuentan con una calidad migratoria que expresamente lo permita.

D. VIVIENDA

El derecho a la vivienda en México se encuentra regulado desde al artículo 4° constitucional, que señala: “*Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo*”.

Pero los migrantes irregulares y los migrantes con visa por razones humanitarias no gozan de este derecho, ni de prestaciones de vivienda consignadas en el marco jurídico mexicano, por ser este restrictivo a los migrantes con calidad migratoria regular y que, por lo mismo, la exigibilidad de sus derechos sociales es equiparable a la de los mexicanos dentro del territorio nacional.

Pese a lo anterior, se encuentran dos excepciones dentro del derecho migratorio mexicano:

⁴³ Ley de Migración, artículo 54.

⁴⁴ Ley de Migración, artículo 111.

⁴⁵ Ley de Migración, artículo 54.

- La protección que se brinda mientras se determina su calidad migratoria, a través de la cual el Estado mexicano, mediante instituciones como el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, otorga hospedaje a los migrantes en situación de vulnerabilidad, es decir niños, adolescentes, ancianos o personas con discapacidad (art. 176. Reglamento de la Ley de Migración), mediante el cual inclusive se obliga al no tener la cobertura suficiente a colocarlos en instituciones públicas o privadas en donde se les pueda brindar una atención adecuada, mientras se resuelve su situación migratoria.
- El Reglamento de la Ley de Migración, a través del art. 187 establece la base para que la SEGOB a través del INM coordine y opere el funcionamiento de los grupos de protección a migrantes, en los cuales podrán participar de manera conjunta, servidores públicos de los niveles federal, estatal y municipal, con las organizaciones de la sociedad civil o con los particulares que cubran el perfil humanitario y de asistencia que establezca el Instituto. Esto abre una válvula de escape al derecho a la vivienda, porque les permite a los migrantes irregulares hospedarse en casas para migrantes, que son centro de atención particularmente operados por la sociedad civil, dentro de los cuales reciben refugio en la práctica con carácter indefinido.

Para los refugiados la situación es diferente, primero porque su estatus de refugiado los incluye en un plan de asistencia e integración, mediante el cual se les proporciona información sobre los programas y servicios públicos para atender sus necesidades inmediatas; además de proporcionarles servicios básicos, incluidos explícitamente el alojamiento y subsistencia temporal.⁴⁶

Y segundo, porque al gozar de un estatus migratorio regular, tienen el mismo estatus que los mexicanos y pueden acceder a todos los programas sociales, aunque en vivienda solamente haya para personas en situación de extrema pobreza como el “Programa para el Desarrollo de Zonas Prioritarias”.

En relación a la alimentación, el gobierno mexicano implementó en el año 2015 el programa “Comedores comunitarios”, el cual tenía como objetivo garantizar el acceso a la alimentación de calidad para personas que no pueden hacerlo por otros medios (personas pobres que residan en las zonas que previamente determina el gobierno). Los lineamientos de operación de dicho programa establecían explícitamente que podían ser beneficiarios los migrantes⁴⁷, además de especificar que los asistentes al comedor comunitario, aunado al derecho a recibir dos raciones al día de alimentos preparados en el Comedor, hasta cinco días a la semana; tienen el derecho a tener la reserva y privacidad de su información personal⁴⁸. Sin embargo, en el año 2019 este programa desapareció, con la entrada del nuevo gobierno, sin tener un sustituto⁴⁹.

⁴⁶ Reglamento de la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria, artículo 69.

⁴⁷ Lineamientos Específicos del Programa de Comedores Comunitarios para el Ejercicio Fiscal 2018, 4.5.1 Grupos de población con prioridad de atención en los Comedores Comunitarios, p. 20, en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5509780&fecha=30/12/2017, fecha de consulta: 10 de septiembre de 2019.

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ Laboratorio, *Desaparecen 5,542 Comedores Comunitarios de Sedesol*, en: <https://www.rindocumentos.org/reportajes/2019/02/25/desaparecen-los-5542-comedores-comunitarios-de-sedesol/>, fecha de consulta: 10 de septiembre de 2019.

El resto de los programas sociales de alimentación (Abasto social de leche) y de transferencias económicas (Programa para el bienestar de las personas adultas mayores, Programa Nacional de Becas para el Bienestar Benito Juárez, etc.) que otorga el gobierno mexicano requieren de un registro, en el cual se solicita la comprobación de la identidad y edad y esto hace que sea discriminatorio para los migrantes que no cuenten con una estancia legal estancia en el país.

V. CONCLUSIONES

A las causas tradicionales regionales de la migración como la pobreza, la falta de oportunidades laborales y las crisis económicas recurrentes, se suman nuevas causas: la inseguridad alimentaria, la escasez de agua, desastres naturales, cambio climático, violencia ocasionada por la delincuencia organizada transnacional y la descomposición del tejido social, que produce agrupaciones delictivas denominadas pandillas o maras, con un alto grado de violencia y crueldad en sus acciones.

En el caso específico de México es remarcable que amplía en sus leyes internas la definición de refugiados establecida en el marco legal internacional y que hay una gran diferencia en el otorgamiento de prestaciones sociales a los migrantes con condición de estancia de refugiado y con visa humanitaria en comparación con la protección a los migrantes irregulares.

Para los migrantes con visa humanitaria, así como para los solicitantes de reconocimiento como refugiado la ley les garantiza y el gobierno mexicano les otorga un mínimo de servicios que garantizan sus derechos sociales a la alimentación, atención a la salud y vivienda.

Estos servicios, que se proporcionan durante el tiempo que tarde en resolverse el proceso para determinar cuál será su nueva condición de estancia como inmigrante, no contribuyen a la integración de los extranjeros, pues se trata de lapsos breves en los cuales los migrantes están en “estaciones migratorias” o en el caso de niños y adolescentes sin acompañamiento estarán en casas para protección para niños en el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.

Una vez que se determina su nueva condición migratoria, se puede obtener la calidad de refugiado y una visa con permiso de trabajo o dar un lapso para abandonar el país, en cuyo caso se llevará a cabo para los niños el proceso de retorno asistido para los niños. Los refugiados tendrán todas las garantías que tiene un mexicano.

La Ley de Migración menciona que el Estado mexicano promoverá la integración social y cultural entre nacionales y extranjeros residentes en el país⁵⁰; sin embargo la integración se define como un proceso en el que el propio refugiado desarrolla condiciones de autosuficiencia⁵¹, por lo que el derecho a la salud, al trabajo, a la educación o a la vivienda, si bien coadyuva a la inclusión social; muchas veces no son suficientes para lograr una verdadera integración.

Las opciones reales de acceso a derecho sociales para los migrantes irregulares son el alojamiento y alimentación en instituciones privadas organizadas por la sociedad civil y

⁵⁰ Ley de Migración, artículo 15.

⁵¹ Reglamento de la Ley de Refugiados y Protección Complementaria, artículo 2, fra. VII.

la atención médica de urgencia, con la salvedad que, al no contar con la identificación adecuada, una repercusión indirecta es que al solicitar la atención médica también sean canalizados al Instituto de Inmigración y con ello su inminente deportación. Lo cual no se encuentra regulado, pero sucede en la práctica.

En cuanto a la judicialización de los derechos sociales de los migrantes irregulares, no existe ninguna resolución en los juzgados. Se presume que ello se debe a que la mayoría de migrantes irregulares no conoce los derechos que tiene ni como ejercerlos, además de que, por su situación migratoria irregular, prefieren pasar desapercibidos dentro del sistema de justicia.

Por lo tanto, como conclusión final se puede afirmar que México tiene un largo camino por recorrer para garantizar los derechos de los migrantes irregulares y que su situación de pobreza contribuye a que difícilmente lo pueda solucionar en corto periodo.



Recibido: 09.09.2019. Aceptado: 27.09.2019

Diritti Umani e Fondamentali

Derechos Humanos y Fundamentales

Salvatore Loria

Personal Investigador

Instituto de Migraciones de la Universidad de Granada

studiodottloria@gmail.com

ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-9413-9385>

RIASSUNTO

Il termine “diritti umani” risulta generico ed ambiguo non essendo ancora oggi del tutto chiaro cosa si intenda per uomo: uomo in quanto uomo oppure, nella accezione rousseauiana, di uomo in quanto appartenente ad un territorio e, perciò, cittadino. In contrapposizione alle due tesi mi sembra superfluo evidenziare che anche se molto spesso le due “condizioni” di uomo e cittadino coincidono, ne emerge una terza, codificata in relazione all’emergere del fenomeno comunitario che, accanto alla definizione di cittadino e non cittadino, ovvero straniero, individua il c.d. *tertium genus* costituito dal cittadino comunitario. A mio giudizio, in contrapposizione alle tre tesi mi piacerebbe definire la titolarità dei diritti umani non in riferimento all’appartenenza o meno ad un determinato territorio, bensì semplicemente in riferimento al *genus* ovvero l’appartenenza al genere che legittima l’immanenza dei diritti alla stessa natura umana. Non bisogna dimenticare, infatti che la tutela dei diritti fondamentali è certamente imprescindibile da una educazione alla cittadinanza che sia scollata dall’identità nazionale che viene impartita in una ristretta ottica di educazione civica nazionale. Occorre, pertanto, condividere un nuovo modo culturale di identificazione della persona, non nella dimensione individualistica ma universale, nell’ottica di considerare la dignità umana quale valore fondante per un ordine mondiale più equo.

Da qui la necessità di un nuovo approccio culturale atto ad estendere spazialmente il senso di appartenenza dalla ristrettezza di un territorio ai confini planetari e che sia in grado di ridefinire teorie e strategia nel campo dell’intercultura e dell’educazione alla cittadinanza per individuare nuovi orizzonti che consentano di raggiungere una pace sociale duratura e senza ripensamenti di sorta.

PAROLE CHIAVE: genus, cittadinanza, diritti umani, diritti fondamentali, universalizzazione.

RESUMEN

El término “derechos humanos” resulta genérico y ambiguo no estando a día de hoy del todo claro que se entiende por humano: humano referido al ser humano o bien, en la acepción rousseauiana, humano en cuanto vinculado a un territorio y, por ello, ciudadano. En contraposición a las dos tesis me parece superfluo subrayar que incluso aunque muy frecuentemente las dos “condiciones” de ser humano y ciudadano coinciden, surge una tercera, codificada en relación al surgimiento del fenómeno de la Unión Europea que, junto a la definición de ciudadano y no ciudadano, es decir extranjero, crea el denominado *tertium genus* consistente en el ciudadano comunitario. A mi juicio, en contraposición a las tres tesis me gustaría definir la titularidad de los derechos humanos no en relación con la vinculación o no a un determinado territorio, sino simplemente en relación al *genus*, es decir, la pertenencia al género que legitima la immanencia de los derechos a la propia naturaleza humana. No debemos olvidar que para la tutela de los derechos fundamentales resulta absolutamente imprescindible una educación para la ciudadanía que se separe de la identidad nacional que se viene impartiendo desde una óptica muy restringida como educación cívica nacional. Es necesario, por tanto, compartir una nueva visión cultural de identificación de la persona, no en su dimensión individual sino universal, desde el punto de vista de considerar la dignidad humana como el valor fundamental para lograr un orden mundial más justo.

De ahí la necesidad de una nueva aproximación cultural dirigida a extender espacialmente el sentido de vinculación desde las restricciones de un territorio a los confines planetarios, que sea capaz de redefinir tanto teoría como estrategia en el campo de la interculturalidad y de la educación ciudadana y que abra nuevos horizontes y permita tender hacia la consecución de una paz social duradera y sin riesgos de involución.

PALABRAS CLAVE: genus, ciudadanía, derechos humanos, derechos fundamentales, universalización de los derechos humanos.

SOMMARIO

I. INTRODUZIONE

II. DIRITTI FONDAMENTALI ED UMANI

III. DIRITTI UMANI E CITTADINANZA

IV. UNIVERSALIZZAZIONE DEI DIRITTI UMANI

V. CONCLUSIONI

I. INTRODUZIONE

«Quando le persone attraversano i confini del proprio Paese, probabilmente non lo sanno ancora, ma il mondo non li guarderà più con gli stessi occhi, poiché hanno acquisito un nuovo status o condizione personale: sono dei migranti» (International Commission of Jurist, 2012: 1).

Coloro che diventano migranti si trovano, di conseguenza, in una situazione di inferiorità, rispetto ai c.d. regolari, in quanto proprio lo status di “migrante”, regolare o irregolare che sia, comporta dal punto di vista soggettivo una sorta di accondiscendenza dettata molto spesso da paure collegate alla mancanza di una effettiva tutela legale.

Svariati, infatti, sono i motivi per cui i migranti hanno “paura” di ribellarsi e, pertanto, accettano passivamente molte privazioni personali e, persino, la negazione dei loro diritti; infatti, qualunque sia la motivazione della migrazione (sfuggire alla guerra, alle persecuzioni, alla fame, ricerca di nuove opportunità lavorative) molte volte preferiscono sottostare ad una condizione di insicurezza e, ancora peggio, di indigenza nel Paese di destinazione piuttosto che rientrare nel Paese di origine. E’ questa condizione che le politiche migratorie e le leggi degli Stati di destinazione e, in modo particolare, dei Paesi dell’U.E., tentano di gestire o, peggio, di sfruttare. Ciò si rende ancora più evidente dall’attuale dibattito in atto nel contesto politico europeo che tenta di consolidare il totale controllo dei confini nazionali in quanto, secondo quanto sostenuto da taluni¹, costituisce uno, se non l’unico, degli aspetti della sovranità dello Stato. Anche e soprattutto per questi motivi, si è sviluppata tra i cultori del diritto una riflessione sui diritti fondamentali che coinvolge necessariamente, ognuno per le proprie competenze ed interesse, i filosofi del diritto ed i costituzionalisti, tutti tesi a ipotizzare una sorta di “cosmopolitismo” (Kant, 1795)² che sia capace di superare l’antico e tradizionale concetto di cittadinanza.

In questo contesto assume rilevanza fondamentale la salvaguardia, all’interno dei singoli Stati, dei diritti umani da garantire agli immigrati, spesso vittime di soprusi, previsti dal diritto nazionale ed internazionale e a tal proposito, il Global Migration Group ha evidenziato quali e quanti siano i diritti fondamentali, a prescindere dalla loro condizione giuridica in quanto migranti e la cui titolarità spetta perché uomini e perché nessuno può essere privato dei suoi diritti umani³. Nella realtà, il godimento di tali diritti risulta

¹ Avendo dimenticato quanto affermato con forza da *Jean-Claude Juncker* nel suo discorso alla Commissione europea del 9 settembre 2015 che “Noi europei dovremmo avere ben presente che il nostro è un continente in cui quasi tutti sono stati, a un dato momento, profughi. La nostra storia comune è segnata da milioni di europei in fuga per sottrarsi a persecuzioni religiose o politiche, guerre, dittature o oppressioni”, *Peter Sloterdijk*, filosofo tedesco e docente di filosofia ed estetica, afferma, nelle colonne della rivista *Cicero*, che «Il governo tedesco, con un atto di rinuncia alla sovranità, si è arreso all’invasione. Non abbiamo imparato l’elogio della frontiera. In Germania si continua a credere che un confine esista unicamente per essere oltrepassato».

² L’A. Introduce il c.d. “*tertium genus*” accanto al diritto statale e al diritto delle genti.

³ Il G.M.G., costituito dai seguenti Organismi: Food and Agriculture Organization (FAO) International Labour Organization (ILO) International Organization for Migration (IOM) Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR) United Nations Children's Fund (UNICEF) United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) United Nations Department of Economic and Social Affairs (DESA) United Nations Development Programme (UNDP) United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) United Nations Population Fund (UNFPA) United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) United Nations Institute for Training and Research (UNITAR) United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) United Nations Regional Commissions United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women (UN Women) United Nations

illusorio, come evidenziato da una sensibile dottrina (Pugiotto, 2009), perché di fatto la legislazione adottata ha «...fatto di tutto per respingere ed escludere, non già accogliere ed includere quanti si sono a noi disperatamente rivolti allo scopo di avere finalmente condizioni di vita dignitose» (Ruggeri, 2015: 145), anche se «...nessuno uomo politico e nessuno studioso, si proclama oggi avversario o quantomeno critico nei confronti del tema dei diritti umani. Eppure in larga parte del globo i diritti umani continuano a venire disattesi, quasi sempre a scapito dei soggetti giuridicamente, politicamente e socialmente più deboli» (Valvo, 2008: 267). Sembrerebbe, quindi, che tale concetto sia ampiamente accolto e accettato senza il bisogno di ulteriori spiegazioni, tuttavia la convergenza che, di fatto, sussiste intorno a questo concetto e il consenso di cui esso gode cela, in realtà, come ha messo in luce Pessina «quello che oggi si presenta come il più radicale progetto di discriminazione antropologica, legato al fatto che non tutti concordano nel definire “persona” ogni uomo, ad ogni stadio della sua vita, in ogni condizione di salute» (Pessina, 1999: 80) e in questo contesto rimane terribilmente attuale il monito lanciato da tanti studiosi, tra cui N. Bobbio il quale afferma che «il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di *giustificarli*, quanto quello di *proteggerli*. È un problema non filosofico, ma politico» (Bobbio, 1979: 129).

II. DIRITTI FONDAMENTALI ED UMANI

I diritti che storicamente si sono affermati per primi, sono i diritti che hanno sancito le c.d. libertà individuali, ovvero i bisogni basilari, detti anche di *prima generazione*, quali i bisogni prettamente fisici e psicologici, quali il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della persona. Queste categorie di bisogni –anche secondo le determinazioni dell'ONU– assumono la definizione di *fondamentali* perché la loro violazione influisce negativamente nella vita degli esseri umani.

In questa accezione, i diritti assumono la connotazione di *naturali* in quanto comuni a tutto il genere umano; *universali* perché identici a tutti gli individui a prescindere dalle eventuali differenze etniche, religiose, naturali e psicologiche; *indivisibili* perché non scindibili e superabili da altri diritti collegati e concorrenti; *inalienabili* in quanto non possono mai essere sottratti e destinati a durare per tutta la vita. Sono, in altri termini, diritti che, rivendicando una serie di libertà, assumono un carattere prevalentemente individuale, garantendo ai soggetti destinatari una tutela nei confronti dello Stato attraverso una sua limitazione degli interventi, come proclamato dalla Dichiarazione⁴.

University (UNU) World Bank World Health Organization (WHO), ha elencato i seguenti diritti fondamentali: “Il diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della persona, di essere liberi da arresti o detenzioni arbitrarie, e il diritto di cercare e godere asilo dalle persecuzioni; Il diritto di essere liberi da discriminazioni basate sulla razza, sesso, lingua, religione, l'origine sociale o nazionale, o altra condizione; Il diritto di essere protetti da abusi e sfruttamento, di essere liberi dallaschiavitù, e dalla servitù involontaria, e di essere liberi dalla tortura e datrattamenti e pene crudeli, inumane e degradanti; Il diritto a un equo processo e ai rimedi legali; Il diritto alla tutela dei diritti economici, sociali e culturali, includendo ildiritto alla salute, a un adeguato tenore di vita, alla sicurezza sociale, all'alloggio,all'educazione, e a condizioni di lavoro giuste e favorevoli; e altri diritti umani garantiti dagli strumenti internazionali dei diritti umani a cui lo Stato Parte ha aderito e dal diritto internazionale consuetudinario”.

⁴ L'art. 3 statuisce che “Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della propria persona”; con maggiore forza la Dichiarazione pone l'accento sulla tutela dei diritti civili, della persona e della sua capacità d'agire (artt. 4-20), sui diritti politici che consentono la partecipazione di tutti al Governo ed agli uffici pubblici del proprio Stato (art. 21). Grande rilievo assume l'enunciazione dell'art. 28 (“Ogni individuo ha diritto ad un ordine sociale e internazionale nel quale i diritti e le libertà enunciati in questa Dichiarazione possono essere pienamente realizzati”) che afferma con forza il diritto alla pace, ovvero il

Appare, pertanto, poco condivisibile l'affermazione di quanti ritengono che «i diritti fondamentali sono i diritti di cui tutti sono titolari in quanto persone naturali, o in quanto cittadini oppure, ove si tratti di diritti potestativi, in quanto capaci d'agire o in quanto cittadini capaci di agire» (Ferrajoli, 2007: 361-367). Tale definizione sembrerebbe accomunare quali titolari di diritti ritenuti fondamentali soltanto tutti gli esseri umani che, oltre al loro status di persona, abbiano anche lo status di cittadino e abbiano soprattutto la capacità d'agire. Tale definizione, a mio giudizio, sembrerebbe poco convincente se teniamo conto che la titolarità di diritti che comunemente vengono definiti fondamentali non possono essere riconosciuti a "classi" di soggetti ma –proprio perché fondamentali– universalmente a tutti, in quanto "esseri".

III. DIRITTI UMANI E CITTADINANZA

Lo status di cittadino assume molto spesso il significato di idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche in quanto «capace d'agire», spogliando così di fatto il concetto di diritti fondamentali dell'universalità ed ancorando la tutela di determinati diritti *essenziali* solo ed in quanto il soggetto degno di tutela sia, ancorché prima che soggetto, cittadino⁵. La relazione tra soggetto e territorio, dunque, diventa elemento connettivo per il riconoscimento di determinati diritti *esclusivi* previsti e tutelati dallo Stato attraverso la loro codificazione che, se da un lato ne garantisce l'applicazione nei confronti del civis, dall'altro ne codifica di fatto –per esclusione– l'inapplicabilità alle altre fattispecie.

Si tratterebbe di una discriminazione legislativa poco condivisibile, ancora più marcata dalla rilevazione che implica la netta separazione dei diritti fondamentali da quelli patrimoniali. Secondo questa impostazione di pensiero, i primi assumerebbero la configurazione di diritti *erga omnes*, i secondi *erga singulum*; specificato meglio, i c.d. diritti fondamentali essendo codificati costituzionalmente, diventano quindi intangibili e teoricamente immodificabili, anche se le codificazioni rigide costituzionali del secondo novecento, prevedono dei procedimenti, seppur aggravati, che ne consentano la modifica; viceversa i diritti *erga singulum* esprimono, in quanto prodotti dal legislatore con l'intento di creare obblighi nei confronti di altri soggetti, l'autonomia del consociato di porre in essere determinate situazioni giuridiche soggettive tutelate dall'ordinamento. Se accettiamo questa impostazione di pensiero, si potrebbe ipotizzare che i diritti fondamentali, affinché siano effettivamente credibili e reali, debbano essere attribuibili a tutti gli essere umani, a prescindere dall'appartenenza ad un determinato territorio o perché nati da determinati genitori, ovvero superando il concetto restrittivo e, per certi versi, anacronistico di cittadinanza e assumendo una visione destrutturata di sovranità che superi i vecchi meccanismi di esclusione e discriminazione propri dello Stato assoluto, ovvero che sia scollata dal territorio. Bisognerebbe, insomma, prendere, una volta per tutte, coscienza di quanto affermato dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo che, superando il concetto della nazionalizzazione dei diritti, ovvero della convinzione –certamente condivisibile– che i diritti fondamentali sono diritti diversi da tutti gli altri

diritto di ogni individuo ad essere inserito in un sistema non contaminato da contrapposizioni nel quale possa esplicare la sua libertà sociale ed economica.

⁵ Dal punto di vista prettamente "politico" si tende ad identificare quale cittadino *esclusivamente* l'antitesi allo straniero, ovvero il soggetto, in quanto appunto perché cittadino, destinatario di diritti che possono farsi valere nei confronti dell'autorità che li ha riconosciuti. Per il concetto teorico-politico sulla cittadinanza si veda: Zolo, D. (2000). *Cittadinanza. Storia di un concetto teorico-politico*. Filosofia politica, 14(1), 5-18.

in quanto gerarchicamente appartenenti alle fonti primarie del diritto, ovvero alla Costituzione (Baldassare, 1966), li qualifichi come diritti spettanti a ciascun essere umano considerando la cittadinanza in senso universalistico. Certamente l'universalizzazione della cittadinanza comporterebbe la presa di coscienza e l'accettazione contestuale che l'appartenenza al *genus umano* risulti elemento essenziale per l'attribuzione dello status di cittadino del mondo. Se così non fosse, si assisterebbe ad una compressione dei diritti innati e l'appartenenza ad un determinato ristretto territorio sancirebbe, di fatto, una contrazione dei diritti di autodeterminazione.

L'autodeterminazione, infatti, –diretta o delegata– non deve essere legata indissolubilmente al concetto di cittadinanza che, essendo prettamente concetto giuridico, ha necessità di essere, per così dire, contaminato dalla realtà sociale. Ne consegue, pertanto, che tale concetto superi i confini abbastanza ristretti dell'ambito in cui è stato pensato e ipotizzato e si collochi nella prospettiva che chiunque possa essere “cittadino”, a prescindere dal Paese d'origine, in quanto “genus” perfettamente integrato non in un territorio circoscritto, bensì nel globo. Si potrebbe, in altri termini, codificare una ridefinizione dell'ampio concetto di appartenenza in quanto *essere* e perciò parte di un *tutto*, che attribuisca la prerogativa a chiunque ed a ciascuno di stanziare, interagire, sviluppare la propria personalità e autodeterminarsi in qualsiasi parte del globo, senza preclusioni di sorta e senza compressioni di diritti e/o doveri; si dovrebbe comprendere, insomma, che bisogna superare concezioni e accezioni ormai anacronistiche e fuori di logica nell'era della globalizzazione che non ammette né confini e né barriere e ovviamente non si può concordare con quanti ritengono che i diritti politici siano insiti esclusivamente ai cittadini in quanto a quest'ultimi è concesso partecipare all'approvazione delle leggi, attraverso i rappresentanti eletti dagli stessi cittadini; secondo questa teoria, la cittadinanza opera come causale di inclusione del singolo rispetto a tutti e di esclusione del non cittadino, ovvero dello straniero rispetto ai cittadini. In sostanza, il criterio distintivo della cittadinanza opera, di fatto, come conseguenza di soluzione e come attribuzione di svantaggio di una parte rispetto agli altri. Si tratta, in altri termini, di una eclatante contraddizione tra quanto affermato a livello comunitario⁶ e l'applicazione concreta della norma; siffatta contraddizione, nel caso specifico italiano, è rilevabile dall'art. 1 della Costituzione che, da un lato, sancisce la nozione di popolo titolare di diritti politici e della sovranità e, dall'altro, si dimostra antidemocratico nel momento in cui esclude i cittadini stranieri residenti dalle massime decisioni politiche. Evidentemente la nozione di cittadinanza non dovrebbe più essere legata, *sic et simpliciter*, al vincolo di sangue né alla nascita su un determinato territorio, ma dovrebbe poggiare essenzialmente sul fattore *integrazione*, ovvero sul rapporto che il soggetto ha e/o interscambia con la comunità in cui vive ed opera (Lollo, 2013).

Per fare un esempio banale, comunemente viene considerato “vero” padre non chi genera il figlio ma colui il quale lo cresce, lo guida, lo copre di attenzione e alla stessa stregua – a mio giudizio– dovrebbe essere considerato “vero” cittadino colui il quale vive e collabora alle necessità della comunità e non colui che acquista solamente il diritto per *ius sanguinis* o *ius soli*. Da qui, il ripensamento e la codificazione di una definizione di cittadinanza aperta, ampia, assoluta, inscindibile dal soggetto titolare che così diventa cittadino in tutto ed ovunque intenda stanziarsi e che dovrebbe superare l'assunto che è l'appartenenza al territorio sovrano di uno Stato che conferisce all'individuo la capacità soggettiva nei confronti dello stesso Stato in cui vive; ma molto spesso però, proprio per

⁶ Articolo 8b del Trattato di Maastricht, articolo 19 del Trattato di Amsterdam e articolo 17 Trattato di Lisbona.

la contaminazione politica del diritto, le garanzie costituzionali non riescono a garantire appieno la realizzazione pratica di quanto teoricamente sancito anche dalle moderne Costituzioni⁷; basti dare uno sguardo a come la UE ha gestito e continua a gestire l'annosa questione dei diritti umani dei migranti lasciati morire nei mari delle coste europee o ai trattamenti subiti nei centri di raccolta che dimostra –qualora ce ne fosse ancora bisogno– la pseudo democrazia della stessa Europa, atteso che la sovranità democratica è reale solamente quando è indirizzata alla realizzazione effettiva dei diritti umani, al di là di ogni e qualsiasi prezzo da pagare, anche in termini di sicurezza e stabilità⁸.

E' abbastanza evidente, infatti, che il massiccio e crescente ingresso di immigrati e rifugiati entro i confini dell'UE, molti dei quali in maniera non legale, è stato e continua ad essere affrontato con misure inadeguate che evidenziano la mancanza di responsabilità in ambito internazionale ed europeo e danno maggiore contezza di quanto più sopra affermato: le garanzie costituzionali rimangono esclusivamente vuote dichiarazioni teoriche⁹.

D'altro canto se ancora oggi assistiamo alla nascita, in varie Regioni del mondo, di *carte* di diritti umani significa che ancora certe concezioni non sono bene radicate nella mentalità e urgono, perciò, essere codificate nonostante si riscontri una sorta di tendenza al riconoscimento di un nuovo naturalismo che, in parte contaminato da *imput* provenienti dai vari conflitti sociali, vuole riaffermare la supremazia dell'uomo su tutto, ricollocandolo al centro dell'universo. A ben pensarci, si tratta di un nuovo ridimensionamento dell'uomo che si riappropria della propria dimensione,

⁷ Anche la Corte Costituzionale ha più volte ribadito l'inviolabilità dei diritti fondamentali: «In base all'art. 2 Cost. un diritto è inviolabile, nel senso generale che il suo contenuto essenziale non può essere oggetto di revisione costituzionale, in quanto incorpora un valore di fondo della personalità avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal costituente; (...) in base all'art. 15 della Costituzione lo stesso diritto è inviolabile nel senso che il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempre che l'intervento limitativo sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia: che la disciplina prevista risponda ai requisiti propri della riserva di legge e la misura limitativa sia disposta con atto motivato della autorità giudiziaria» (Cort. Cost. sent. n. 366/1991).

⁸ Secondo quanto riportato dal sito ufficiale del Consiglio Italiano per i Rifugiati (<http://www.cir-onlus.org/it/>) sono già oltre 4.000 i migranti e rifugiati morti nel 2016 e di questi almeno 3.120 sono scomparsi tentando la traversata del Mediterraneo per raggiungere l'Europa. (fonte OIM: www.iom.int). Confrontando i dati con quelli del programma Missing Migrants Project dello stesso periodo nel 2015 –con il conteggio dei migranti morti arrivato a 2.991– salta agli occhi che "nel 2016 già ci sono 1.000 morti in più nei primi sette mesi", fa notare una nota dell'Oim, che fissa il conteggio a fine luglio a quota 4.027 morti. Ovvero c'è stato un aumento del 26%. Nel 2014 alla fine di luglio c'erano stati 2.265 morti tra migranti e rifugiati. Quanto al capitolo Mediterraneo della tragedia dei migranti in fuga da povertà, guerre e persecuzioni, quest'anno copre oltre i tre quarti dei casi di morte, mentre per lo stesso periodo dell'anno scorso i decessi durante le traversate del Mare Nostrum costituivano il 60% del totale.

⁹ La legge europea n. 213-bis, recepita in Italia dall'art. 3 della legge n. 161/2014, modificativa del T.U. n. 286/1998, unitamente al recente D.P.R. 12 gennaio 2015, n. 21 che disciplinano le procedure per il riconoscimento e la revoca della protezione internazionale, non si inseriscono in una auspicabile e non più procrastinabile riforma organica, bensì si concentrano in una serie di modifiche che, per lo meno, hanno corretto eclatanti violazioni di diritti umani, quali il trattenimento dello straniero irregolare nei Centri di Identificazione ed Espulsione (CIE) che adesso non può più essere trattenuto per periodi superiori a 30 giorni. Il problema del rimpatrio, come annota Cossiri A., *Cambio di stagione? Rilevanti novità in tema di detenzione amministrativa degli stranieri* in www.forumcostituzionale.it, 2015, "...non sta solamente nel definire le modalità dello stesso, quanto piuttosto nell'individuare i presupposti dell'espulsione e, dunque, i requisiti d'ingresso e di permanenza nel territorio; così come è il modo in cui viene definita la regolarità (ovvero la soglia legislativa di inclusione) a produrre irregolarità (ovvero esclusione)".

paradossalmente, spogliandosi di quella diversità e onnipotenza sovra costruita nel corso degli ultimi secoli e diventa, dunque, quasi primitivo, o meglio tenta di diventarlo. E' interessante a tal proposito quanto affermato da taluni (Ignatieff, 2001) che ritengono i diritti umani siano ormai "diventati la lingua franca del pensiero morale globale".

IV. UNIVERSALIZZAZIONE DEI DIRITTI UMANI

Teoricamente, pertanto, la globalizzazione del pensiero morale dovrebbe condurre ad una visione universale dei diritti e, conseguentemente, dovrebbe favorire la nascita, quasi spontanea e necessaria, di una applicazione e salvaguardia di tutti i diritti che universalmente vengono definiti ed individuati quali universali, appartenenti cioè al *genus* umano.

Certo, qualche dubbio affiora anche per via di quanto accaduto negli ultimi decenni nel panorama internazionale nel quale, in nome dell'affermazione di diritti umani, le potenze occidentali muovendosi per ristabilire la democrazia all'interno di alcuni Stati (Afganistan, Iraq, Libia) con siffatta «conquista» hanno di fatto violato. Si è assistito, praticamente, ad una sottrazione del concetto di *giustizia* al "nemico" esclusivamente per impossessarsene; detto in altri termini, si è trattato più semplicemente non dell'affermazione del diritto umanitario, bensì del tentativo –per altro riuscito– neoimperialista di globalizzazione dell'economia di mercato, dipinto di azione umanitaria.

Ci troviamo di fronte, a mio giudizio, ad una tipologia estremamente sofisticata di neoimperialismo che si sviluppa in termini di distribuzione del potere politico che consente, da una parte, a pretendere il *diritto* di spodestare un governo ostile e, dall'altra, a mantenere i popoli soggetti in uno stato di inferiorità in antitesi con l'apparente piena autonomia interna, compreso il pieno diritto di cittadinanza, sempre e comunque compressa negli eventuali rapporti verso l'esterno¹⁰.

Gli Stati, invece, dovrebbero riappropriarsi delle loro originarie prerogative che sono prettamente politiche; sarebbe altrettanto necessario che lo Stato si occupasse esclusivamente di ricercare, salvaguardare e promuovere la pace interna ed esterna, sempre nel rispetto delle aspettative degli uomini.

A tal proposito, vale la pena ricordare che i governanti, ovvero i politici dovrebbero tendere a realizzare un incessante e ed un inarrestabile progredire in direzione della pace e della libertà in quanto quest'ultimi principi garantirebbero un libero interscambio tra i vari Stati del pianeta Terra in modo da rendere non più utopica una comunità giuridica universale.

Si è assistito, invece, a partire dagli anni settanta del secolo scorso, ad un certo disimpegno delle funzioni proprie dello Stato a favore delle grandi multinazionali le quali

¹⁰ Per una riflessione sul neocolonialismo risulta molto interessante e per certi versi premonitrice l'analisi di Kohn H., *Reflections on Colonialism* in Robert Stauz-Hupe e Harry W. Hazad (a cura di) *The idea of Colonialism*. 1958. Vedi anche O'Conner J., Nicolaus M., Mandel E., Neususs C. Vernon R., Hymer S., Poulantzas N., Gambino F., *Imperialismo e classe operaia multinazionale*, Milano:Feltrinelli Editore, 1975.

si sono impossessate della gestione dei servizi essenziali, una volta di esclusiva prerogativa dello Stato.

Ciò ha contratto di fatto il godimento di diritti essenziali e fondamentali o, nella migliore delle ipotesi, il ridimensionamento di tali diritti non più esercitabili, non per propria volontà né per volontà diretta dell’Autorità, bensì per via della risultante scaturita dalla depauperazione delle funzioni di quest’ultima a favore di terzi nell’ottica del risparmio a tutti i costi. Vengono così «traditi» i principi di inviolabilità che, per definizione, sono supremi, atteso che «inviolabilità» altro non è che sinonimo di «irretrattabilità»; in altri termini, l’essenzialità di questi diritti non potrebbe subire alterazioni o modifiche neppure attraverso il procedimento aggravato di revisione costituzionale¹¹. Ci troviamo, dunque, di fronte non a diritti proclamati, enfatizzati, veri, ma a *diritti di carta* (Guastini, 1994: 168) rimanendo tale diritto solamente scritto e non applicato o non totalmente applicato nella realtà in quanto, molto spesso, non vengono predisposti gli strumenti necessari per assicurarne la completa attuazione.

Il paradosso è che, nonostante l’inapplicabilità concreta dei diritti fondamentali, si assiste ad una proliferazione dei diritti e, nel contempo, alla tendenza di riformulare ogni sorta di pretesa in diritti; la platea dei possibili soggetti titolari di diritti appare, inoltre, ampliata a sproposito ed estendendola addirittura anche alle “generazioni future”. I diritti cosiddetti fondamentali hanno subito, nel corso degli ultimi decenni, proprio per il principio del dinamismo e dell’evoluzione dei bisogni che via via sono andati ampliandosi, un allargamento a raggiera delle tutele nei confronti di una sempre maggiore cerchia di soggetti senza che nascessero, di contro, doveri giuridici per qualcun altro, confutando la teoria kelseniana secondo la quale non può esistere un diritto per un soggetto senza che sorga un dovere per un altro. Infatti, secondo l’Autore «Al di fuori dell’ordinamento giuridico statale –e quale sfera che la teoria si sforza di riempire con diritti di libertà sta al di fuori dell’ordinamento giuridico– non vi può essere alcun “diritto”».

A questo punto, ritengo, possa essere approntata, senza alcuna pretesa di assolutezza né di completezza una differenziazione, se in quanto esistente, tra le due categorie di diritti fondamentali ed umani che serva eventualmente ad innescare un ampio dibattito chiarificatore.

Molto spesso, come abbiamo potuto osservare, i due termini diritti umani e diritti fondamentali vengono utilizzati in maniera indiscriminata e sovrapposta come se si trattasse della stessa categoria di diritti. In effetti –e non potrebbe essere altrimenti– rientrano nei diritti fondamentale quei diritti che, posti dall’Autorità secondo le procedure del sistema stesso, vengono considerati degni della massima tutela e per questo garantiti attraverso norme imperative. I diritti umani, invece, in quanto appartenenti a tutto il genere umano (*genus*), quantomeno a livello teorico, non dovrebbero neppure essere codificati in quanto ricompresi nei diritti fondamentali. In altri termini, i diritti umani non solo sono indipendenti da ogni e qualsiasi «sistema» ma, soprattutto proprio perché esistenti al di fuori di ogni contesto, sono assoluti e non relativi. Ne discende, dunque, che i diritti umani sono inviolabili ed intangibili ovunque, in ogni parte del pianeta Terra, essendo svincolati ed indipendenti dal sistema giuridico dei singoli stati. Possiamo, quindi, definirli, in funzione della loro intangibilità, anche immutabili perché sorti con la stessa nascita del *genus*.

¹¹ Vedi: Corte cost., sent. n. 1146/1988.

V. CONCLUSIONI

Il tema di universalizzazione dei diritti fondamentali si articola in almeno due accezioni: “l’una logico-formale, e l’altra sostanziale”¹²; in riferimento all’accezione logico-formale è utile partire dalla considerazione che non si può parlare di universalità di diritti fondamentali in termini assoluti perché, come abbiamo avuto modo di trattare nel paragrafo precedente, la titolarità di tali diritti viene normativamente riconosciuta a determinati soggetti o, meglio classi di soggetti. E’ ormai pacifico, infatti, che la principale, se non unica, distinzione tra diritti fondamentali e diritti umani è rappresentata proprio dalla codificazione normativa e, quindi, per concessione, mentre i diritti umani, a prescindere da una qualsiasi normazione, esistono indipendentemente da quest’ultime, rivestendo la qualifica di diritti assoluti. I diritti fondamentali, invece, possono essere definiti relativi, nel senso che il loro godimento è correlato esclusivamente se ed in quanto il sistema li ha riconosciuti come tali. Sotto questo punto di vista non è pienamente condivisibile la tesi di chi ritiene che tra i diritti fondamentali devono essere annoverati anche i diritti di cittadinanza e capacità giuridica¹³ che costituiscono le barriere per l’uguaglianza degli stessi diritti fondamentali. Questi parametri, infatti, determinano la disuguaglianza di soggetti appartenenti alla stessa categoria e, pertanto, discriminanti e non unificanti e invece di universalizzare o, meglio rendere tutti i soggetti destinatari dei diritti fondamentali equidistanti l’uno dall’altro rispetto agli stessi diritti, li pone su un piano di disparità che accentua la disuguaglianza. Insomma, i diritti fondamentali se vogliamo effettivamente renderli universali devono necessariamente sganciarsi dai concetti restrittivi e vincolati di cittadinanza e capacità d’agire; non tutti i soggetti, infatti, destinatari di norme ritenute essenziali dall’ordinamento che le ha emanate debbono, affinché siano tutelati dallo stesso ordinamento, essere cittadini o capaci d’agire. La tutela giuridica, secondo le codificazioni delle moderne costituzioni, risulta, infatti, scollata dal concetto restrittivo di popolo e nazione, come a voler affermare, seppur indirettamente, l’universalità, appunto, di determinati diritti erga omnes. La caratteristica dell’universalità è parte integrante del concetto stesso di diritti fondamentali e credo sia facilmente individuabile che nel concetto stesso di diritti fondamentali sia insito il fatto oggettivo che tali diritti siano, per definizione, di tutti e cioè non sono propri di un popolo o di una determinata classe o categoria di individui. «E del resto, chi ritiene che essi valgano solo subordinatamente a determinati presupposti –ad es. soltanto in determinati ambiti culturali, o solo se radicati nella metafisica occidentale, o nella teologia giudaico-cristiana, o unicamente in una società individualistico-borghese–, in realtà non parla più dei diritti dell’uomo, bensì dei diritti degli europei, degli americani, dei cristiani, dei bianchi, o dei cittadini delle democrazie occidentali»¹⁴. In termini più chiari, i diritti umani conglobano soprattutto valori che costituiscono sostanzialmente la dignità umana e, pertanto, non è pensabile una loro privatizzazione, ovvero il loro riconoscimento soltanto ad alcune categorie.

E’ abbastanza agevole, dunque, osservare che, non a caso, la Dichiarazione universale del 1948, non cita la locuzione “internazionale” che avrebbe assunto un peso restrittivo e non globale, ma di “universale” proprio per aggettivare questi diritti in un ambito più vasto e generale al fine del coinvolgimento di tutti i paesi della Terra, nessuno escluso. Cosicché tali diritti «costituiscono obblighi erga omnes riconosciuti da molti governi e istituzioni

¹² Rimoli, F. (2005). *Universalizzazione dei diritti fondamentali e globalismo giuridico: qualche considerazione critica*. Studi in onore di Gianni Ferrara.

¹³ Ferrajoli, L. (2004). *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*.

¹⁴ Kriele, M. (2001). *L’universalità dei diritti umani* in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, p. 3.

internazionali: insomma, non solo la presenza dei diritti umani ha prodotto una rivoluzione nel diritto internazionale pubblico, ma –cosa ancora più importante– è stata proprio la convinzione della loro universalità a produrla¹⁵. Trattandosi, inoltre, di diritti liberi da ogni condizionamento e, quindi, comuni a tutti, in quanto universali, appartengono alla categoria di norme *ius cogens* ovvero imperative¹⁶ che essendo anche universalistiche favoriscono l’interagire ed il dialogo che alla fine possa consentire l’accettazione a tutte le tipologie culturali, senza distinzione di sorta tra le differenti culture e tradizioni. Ovviamente, affinché si renda effettivamente operante il godimento dei diritti fondamentali per tutti gli esseri umani, soprattutto in sede sovranazionale o internazionale, bisogna tendenzialmente predisporre al superamento del concetto restrittivo, così come coniato nel passato, di cittadinanza che, altrimenti, diventerebbe fonte di disuguaglianza ponendo lo stesso diritto di godimento su piani diversi, a seconda della qualifica giuridica dei soggetti¹⁷.

Dal punto di vista sostanziale, i diritti fondamentali diventano tali solo se attribuibili e attribuiti a tutti gli esseri umani, disincagliandoli, in maniera netta e definitiva, dall’astrazione “cittadinanza” che altrimenti diventa barriera insormontabile per l’effettività degli stessi diritti. In altri termini, i diritti fondamentali, a prescindere dalla norma che li individua, sono distinti e al di fuori della stessa norma che li pone in quanto diritti insiti nella stessa natura dell’uomo. Non a caso, infatti, tutte le dichiarazioni internazionali –come accennato più sopra– qualificano universali i diritti collegati a ciascun essere umano, senza fare assolutamente riferimento al territorio ovvero alla nazionalità ed alla cittadinanza. Per restare in ambito regionale non possiamo non condividere che la cittadinanza europea consista in uno status che identifica il complesso dei diritti associati allo stesso status slegato dalla nazionalità, identificandolo piuttosto in una comunità politica. E perché, dunque, questa impostazione teorica non può essere «esportata» nella più ampia accezione di un più vasto territorio, ovvero nel globo intero? Se il requisito per essere titolare di determinati diritti connessi alla cittadinanza europea è quello di essere cittadino di uno Stato membro, perché lo stesso requisito non può operare anche in ambito della cittadinanza globale?

Si tratterebbe, peraltro, di rafforzare quanto riportato da tutte le dichiarazioni internazionali che universalizzano i diritti riferiti a *ciascun* essere umano, senza distinzione di cittadinanza in senso nazionale e che creerebbero, di fatto, il presupposto per l’auspicabile concepimento che i diritti civili, sociali e politici non siano necessariamente riferibili ai soli cittadini del singolo Stato ma diventino estendibili a tutti coloro che si trovino, anche temporaneamente, sul suo territorio.

¹⁵ Viola, F. (2006). *L’universalità dei diritti umani: un’analisi concettuale*, in Batturi, F. e Todaro, F. (a cura di), *Universalismo ed etica pubblica, Vita e pensiero*. Milano, p. 5.

¹⁶ L’art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati recita «È nullo qualsiasi trattato che, al momento della sua conclusione, sia in contrasto con una norma imperativa di diritto internazionale generale. Ai fini della presente convenzione, per norma imperativa di diritto internazionale generale si intende una norma che sia stata accettata e riconosciuta dalla Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme in quanto norma alla quale non è permessa alcuna deroga e che non può essere modificata che da una nuova norma di diritto internazionale generale avente lo stesso carattere». A ben vedere con tale articolo viene codificato il riconoscimento internazionale di valori supremi la cui violazione, palese o indiretta, diviene causa specifica della nullità dello stesso trattato.

¹⁷ Sul punto vedi: Marshall T. H., & Maranini P. (1978) *Cittadinanza e classe sociale*. Unione Tipografico-Editrice Torinese; vedi anche Ferrajoli, L. (2004). *Diritti fondamentali*, op.cit.; oltredodo interessanti le annotazioni di Liguori, A. (2009). *La teoria dei diritti fondamentali* di Luigi Ferrajoli, *Considerazioni epistemologiche e politiche*, Jura Gentium (Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale).



**Recensión de la obra de Iván Antonio Rodríguez Cardo:
*Derechos Laborales y de Seguridad Social ante las tensiones territoriales:
Brexit y Cataluña, UCM, Madrid, 2019***

Francisco Javier Hierro Hierro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Extremadura

fjhierro@unex.es

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5395-0224>

El profesor Rodríguez Cardo nunca ha eludido el estudio de temas complejos. Basta repasar algunas de las obras que llevan su rúbrica (*Ámbito subjetivo del Sistema español de Seguridad Social*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006; *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2017) para constatar que su estudio, que su trabajo y que sus conocimientos se han puesto desde hace décadas al servicio de la sociedad científica en la que se integra a través de la aproximación a materias que a veces no resultan tan queridas por el resto de la academia. Muestra así una extraordinaria valentía ante problemas jurídicos de gran adversidad y apartados en buena parte de la atención pronta del comentario fácil.

El rigor, el buen hacer, la profundidad en el análisis y la seriedad en la forma de trabajar que caracterizan al profesor Rodríguez Cardo desborda una vez más en la obra que el lector tiene entre sus manos.

La actualidad de la temática es incontestable, es, simplemente, irrefutable. Cuando se escriben estas páginas acaban de celebrarse las elecciones generales en el Reino Unido dando como resultado la mayoría absoluta al sr. Boris Johnson, pudiendo a partir de ahora culminar el Brexit. Al tiempo, el Partido Socialista Español negocia con Esquerra Republicana de Cataluña (partido independentista) un acuerdo con el que conseguir los votos para alcanzar la investidura del sr. Sánchez Pérez-Castejón (o quizá un acuerdo de gobierno comenzando a escucharse en los medios de comunicación la nación de naciones, estado federal...).

Nada es inalterable. Todo cambia. También el mapa geopolítico mundial, donde son notables las mutaciones experimentadas en las últimas décadas y estos ejemplos referenciados alientan los movimientos presentes y futuros.

La desmembración de la Unión Soviética quizá pudo parecer en aquel momento un punto final, un hecho en cierto modo insólito y poco susceptible de repetición en el futuro, por lo que suponía en términos de aparición de nuevos Estados para el viejo continente europeo. Una Europa que por su larga y asentada historia aparentaba la mayor de las estabildades en lo que se refiere a las distintas identidades nacionales.

Sin embargo, el designio es impredecible y los egoísmos crecientes. La globalización, con los cambios que de todo orden ha provocado, y el proceso de integración económica y política (tal vez ausente con igual intensidad en lo social) que ha supuesto la Unión Europea han dado lugar a nuevos escenarios, un contexto en el que la estabilidad política, social e incluso geográfica cada vez es menor, dejando al descubierto el fracaso de la Unión (el juego de los términos en uso –Unión/secesión/independentismo– deja patente que como en Inglaterra se conduce ahora “en dirección contraria”).

Los movimientos secesionistas (en buena parte de las zonas ricas de las no tan ricas, donde quizá haya de cuestionarse lo identitario) se han fortalecido y desde luego no resultan ya insignificantes ni social, ni económica, ni políticamente, como demuestra su irrupción en parlamentos regionales o estatales (con el contrasentido que ello supone). Tampoco puede afirmarse en nuestros días que se trate de casos aislados, esporádicos o excepcionales, sino que afectan a los Estados más relevantes de Europa: Alemania (Baviera), Francia (Córcega), Italia (Padania y Tirol del Sur), Bélgica (Flandes) o Reino Unido (Escocia), además, por supuesto, de España.

Obviamente, esos procesos de secesión no son equivalentes, ni política, ni económica, ni socialmente, a la segregación de un Estado Miembro de la Unión Europea, pues en tal caso ni tiene lugar la fractura de un país previamente constituido ni la creación de uno nuevo. Sin embargo, pueden establecerse paralelismos. Los procesos de separación del Reino Unido de la UE y de independencia de Cataluña respecto del Reino de España han puesto de manifiesto que en esta nueva realidad geopolítica en la que se está inmerso muchas de las consecuencias económicas y jurídicas pueden ser comunes.

Esa es una de las principales conclusiones que se extraen de la monografía que aquí se recensiona, centrada exclusivamente en las consecuencias jurídicas de esos procesos desde la perspectiva del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

La obra dedica un capítulo específico a cada uno de esos procesos desintegradores, con una estructura similar, prácticamente idéntica. La primera parte de esos capítulos se centra en los antecedentes, detallando con profusión los distintos hitos, políticos y jurídicos, que han conducido a la situación actual. Y a continuación, y para ambos casos, el autor se proyecta hacia el futuro tratando de ofrecer una panorámica sobre las consecuencias que provocaría el éxito de esos procesos en los derechos de los trabajadores y de los beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social (con el riesgo, ya adelantado de adivinar el futuro).

Esta es, precisamente, la peculiaridad de la monografía de la que ahora se da cuenta. Su metodología dista de los estudios jurídico-laboralistas de corte tradicional, no se centra

en la exégesis de normas ya aprobadas y en vigor o situaciones ya culminadas (en el Reino Unido se está pendiente de la culminación del Brexit y en España la deriva independentista está por ver su fin), sino que su objeto es adentrar al lector en el futurible, en lo que está por llegar, esto es, en los distintos escenarios posibles que podrían acontecer en función de las decisiones políticas que se adopten en cada momento, y extraer las consecuencias oportunas de cada uno de ellos.

Parece obvio, pero es importante destacarlo, este método de trabajo conlleva el riesgo ya señalado de que algunos de esos escenarios hipotéticos planteados nunca lleguen a materializarse, jamás sean una realidad y, por ende, en algún punto la obra ya requeriría de la oportuna actualización, pues los avatares políticos en el Reino Unido han provocado un progresivo aplazamiento de la fecha límite para el *Brexit*.

Al margen de fechas concretas, las diversas conjeturas planteadas ofrecen una razonable panorámica de lo que puede suceder, y dejan claro que, tanto en el caso de Reino Unido como de Cataluña, una salida abrupta de la UE generará una serie de incertidumbres jurídicas notables que pueden perjudicar de manera destacada a los trabajadores y a los beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social, haciéndoles en todo caso de peor condición.

La monografía pone de manifiesto que, en términos generales, los trabajadores conservarán sus derechos laborales, porque la legislación laboral no se modificaría automáticamente tras la culminación de esos procesos, pero pueden suscitarse dificultades particulares en varios supuestos, como el desplazamiento de trabajadores o el mantenimiento de beneficios ligados a medidas de fomento del empleo. Las reglas sobre ley aplicable y, particularmente, jurisdicción competente, tampoco están totalmente claras, con todo lo que ello podría suponer.

Aboga el autor, en fin, que las incertidumbres serían menores si media acuerdo entre las partes implicadas donde se contemplen todas estas cuestiones. Ese pacto parece aún más necesario con relación a los derechos de Seguridad Social, pues en situaciones de movilidad internacional la ausencia de medidas de coordinación provocará evidentes perjuicios a los afectados, con independencia de su nacionalidad.

Se está, como ya se ha mencionado, ante una obra jurídica con muchas particularidades. No consiste en un análisis al uso de la normativa y la jurisprudencia nacional o internacional, sino que su valor reside en el planteamiento de distintos escenarios hipotéticos (y quizá irrealizables) con el fin de clarificar las consecuencias que los procesos segregadores que se están viviendo en Europa podrían llegar a desplegar desde la perspectiva laboral y de Seguridad Social.

En cualquier caso, y conviene resaltarlo, el autor explicita que el objetivo no consiste en tomar partido por ninguna de las opciones políticas confrontadas, sino simplemente en poner de manifiesto esas consecuencias desde el plano laboral con un propósito que va más allá de esos procesos políticos, pues desde luego las mismas incertidumbres podrían estar presentes en otros intentos de escisión o separación de la misma índole en otros territorios de Europa.

Habrá que esperar, por tanto, para conocer el grado de precisión de esas predicciones o proyecciones, si bien la valía de esta monografía no reside en el acierto o equivocación

de aquellas. Una investigación de esta índole resulta no solo conveniente en el momento actual, sino extraordinariamente necesaria a modo de ejercicio de reflexión conjunto, como contrapunto serio, riguroso, académico, a la propaganda vertida por los actores políticos enfrentados en esos procesos. Lástima que su repercusión, a pesar de la difusión que se quiere dar con estas páginas, quede limitada fundamentalmente al ámbito académico y no rebase estas fronteras (en ejercicio contrario a las pretensiones queridas por los territorios que la dotan de objeto).



Recensión de la obra de José María Miranda Boto (dir.):
El Derecho del Trabajo Español ante el Tribunal de Justicia:
problemas y soluciones, Cinca, Madrid, 2018

Arántzazu Vicente Palacio

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Jaume I Castellón

vicente@uji.es

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6559-4386>

1. En estos tiempos difíciles para la Unión Europea, la publicación del libro colectivo “*El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*” constituye un feliz acontecimiento pues viene a poner en valor el importante papel desempeñado por su Tribunal de Justicia en la tutela de los derechos de los ciudadanos europeos y en la consolidación del modelo social europeo. El libro recoge la publicación de buena parte de los resultados del proyecto de investigación¹ que, dirigido por el profesor Miranda Boto, ha sido financiado por la Agencia Estatal de Investigación y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, y en su elaboración han participado veinticuatro autores de diversa procedencia profesional (universidad, judicatura, administración) y geográfica.
2. Pero este libro colectivo tiene mucho más que ofrecer a quien decida aventurarse en la lectura de sus 650 páginas. Es, a la vez, un exhaustivo mapa para el recorrido de nuestro Derecho del Trabajo (y de la Seguridad Social) y de los mecanismos jurisdiccionales del Derecho de la Unión, en cuya leyenda están presentes descripciones, análisis y críticas, desde la vertiente propositiva del proyecto de investigación del que constituye la recopilación de sus resultados, tal y como significativamente recoge su título. Fruto también de dicho proyecto es la página web “Observatorio jurídico-laboral del Tribunal de Justicia” (<http://observatoriotj.blogspot.com/>), desde la que el profesor Miranda Boto contribuye decisivamente a la difusión de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia bregando él con el complicado laberinto temático de la curia europea.

¹ “La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia”, DER2015-66922-R (ANI/FEDER-UE). IP: José M^a Miranda Boto.

3. La originalidad del profesor Miranda Boto es de sobra conocida. *“Nada diré aquí en su alabanza. Y no porque tema que nuestra amistad pueda parecer se torna en lisonja. Creo que su saber y virtud están por encima de mis elogios. Por otra parte, su reputación es tan brillante que lanzar al viento sus méritos, sería como querer, según el refrán, «alumbrar al sol con un candil”*. En el estudio que cierra el libro, en una réplica del diálogo entre Tomás Moro, Pedro Guilles y Rafael Hitlodeo de “Utopía”, de donde procede la cita anterior, el profesor Miranda Boto desgrana información y análisis –no exentos de alguna crítica– del Tribunal de Justicia y su jurisprudencia. Nada está ausente en el inteligente diálogo salvo el (superfluo) lenguaje técnico: la composición y nombramiento de los jueces del Tribunal; la prohibición de los votos particulares y sus razones; el papel (a veces, disidente) del Abogado General; la (complicada) clasificación temática de la jurisprudencia; el papel y efectos de la cuestión prejudicial y la reticencia del Tribunal Supremo a su presentación (y la doctrina del “acto aclarado”); el efecto directo de las Directivas; la recepción legal del principio de primacía del Derecho comunitario; el recurso de incumplimiento; los efectos (directo e indirecto) de las cuestiones prejudiciales y su papel en el marco del recurso de casación; la gestación y alcance del principio de efectividad; la responsabilidad patrimonial del Estado por inaplicación del Derecho de la Unión; la falta de formación e información de los operadores jurídicos en materia de Derecho social de la Unión, entre otros. Todos estos temas son abordados por los personajes de esta moderna “Utopía” en la que, cual personajes secundarios pero imprescindibles, aparecen estadísticas, jurisprudencia comunitaria y nacional, referencias bibliográficas y normas legales y reglamentarias. Por no olvidarme de los defectos, a mi juicio solo cabría achacarles dos. La ubicación de este capítulo al final del libro, cuando muchas razones –y la temática no es la única – justifican que hubiera sido su punta de lanza. Enlaza esta crítica con otra más general, que quizá sea más achacable a la falta de discernimiento de quien esto escribe que a su editor: la (aparente) ausencia de lógica en el orden de presentación de los trabajos, que no parece que se haya seguido ni un (preferible) criterio temático ni tampoco alfabético.
4. He optado yo por un criterio de sistematización temático en la presentación de los muchos méritos de los distintos estudios que componen este libro, que abordan bastantes de las materias sobre las que se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión y que han incidido en el ordenamiento jurídico español del orden social, así como cuestiones de orden más general.
5. Empezando por estos últimos, el profesor Gárate Castro analiza el impacto en nuestro ordenamiento de las sentencias del TJUE en resolución de cuestiones prejudiciales planteadas por nuestros tribunales sobre “política social”, con especial referencia a tres materias concretas: a) la protección del trabajador en caso de insolvencia del empresario; b) el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los supuestos de transmisión de empresas; y c) el despido colectivo. Igual de interesante que estos es la primera parte de su trabajo, en el que detalla exhaustivamente el número y procedencia de las cuestiones prejudiciales planteadas por nuestros Tribunales quienes, con su actuación ante la anomia del legislador patrio, refuerzan así el papel de la jurisprudencia como fuente de Derecho. En esta misma línea de estudios generales o transversales cabría incluir el estudio de la profesora Carmen Salcedo en el que aborda, desde una reflexión crítica, el grado de armonización de la Europa social a través de las distintas instancias jurídicas europeas y singularmente, la Unión

Europea y el Consejo de Europa; no en balde la profesora Salcedo es referente imprescindible en la doctrina científica en relación a la Carta Social Europea.

6. La especial atención que el despido colectivo ha recibido por la jurisprudencia comunitaria explica su importante presencia en el libro. La profesora Yolanda Maneiro, quien ya cuenta con interesantes estudios sobre el despido colectivo, analiza detenidamente la repercusión de toda esta jurisprudencia en la regulación española del despido colectivo, poniendo de relieve en cada caso la adecuación e inadecuación de ésta a aquélla así como el grado de recepción por nuestros órganos jurisdiccionales, para concluir en una propuesta de reforma del art. 51 ET que se adecúe a la regulación comunitaria en lo que constituye una “transferencia de resultados” gratuita, que el legislador haría bien en atender. Por su parte, Desamparados Bohigues aborda la impugnación individual de un despido colectivo y su (difícil) coordinación con la impugnación colectiva. Y, en tercer lugar, Isabel Olmos, magistrada de la Sala Social del TSJ de Galicia, aborda el alcance del control judicial de los criterios de selección por el empresario de los trabajadores afectados por el despido colectivo con especial referencia al estudio de la doble tutela (preventiva y reparadora) establecida a favor de la mujer embarazada por el ordenamiento comunitario, tutela que nuestro ordenamiento aún no asegura en toda su amplitud.
7. Si la tutela preventiva frente al despido tiene su origen en el conjunto normativo comunitario que prohíbe la discriminación (directa o indirecta) por razón de sexo, la discriminación –por razón de sexo (Teresa Marbán), pero también vista desde una perspectiva general (Teresa Velasco); por incapacidad temporal o enfermedad (Javier Hierro); discapacidad (David Gutiérrez); trabajo a tiempo parcial (Pérez del Prado)– también ocupa un lugar destacado, de forma pareja a su peso e importancia como principio o pilar básico del Derecho de la Unión, su regulación comunitaria y la abundante jurisprudencia comunitaria sobre la materia. Y como todos sus compañeros de viaje, también estos trabajos llevan a cabo un detenido estudio de la jurisprudencia comunitaria concluyendo con propuestas para la mejor adecuación a ésta del Derecho nacional.
8. El tiempo de trabajo tiene también un peso importante en el total de los estudios recopilados, como no podía ser de otra manera, dada la tradicional importancia del tiempo de trabajo como condición de trabajo: no en vano la limitación de la jornada constituyó el objeto de las primeras normas sociales en los países europeos. Aunque en el ámbito comunitario se armonizó en fechas mucho más recientes, el tiempo de trabajo constituye una de las condiciones laborales especialmente sensible y, en numerosas ocasiones, el Tribunal de Justicia ha tenido que enfrentarse a cuestiones prejudiciales sobre esta materia. Las transformaciones económicas e industriales han traído consigo nuevos problemas, lo que se pone de manifiesto en los estudios de este libro, centrados todos en las implicaciones sobre el tiempo de trabajo de las nuevas tecnologías. La profesora M^a José López analiza críticamente la ordenación comunitaria del tiempo de trabajo, con especial referencia al derecho a la desconexión. Este mismo derecho constituye el objeto del trabajo de Lucía Aragüez, en el contexto del análisis del impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en el tiempo de trabajo. La profesora Nora M^a Martínez aborda las recientes aportaciones del Tribunal de Justicia en relación al tiempo de trabajo y descanso frente a los retos de la economía digital.

9. Pese a su ausencia del Título, el proyecto (y el libro) también aborda algunas de las temáticas en las que ha entrado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación al ordenamiento jurídico de seguridad social. La enorme complejidad de las normas de coordinación comunitarias ha dado lugar a abundante jurisprudencia en una pluralidad de temas, algunos presentes en el libro. A la ya señalada discriminación de los trabajadores a tiempo parcial –que se centra la protección por desempleo–, se añade el estudio de la protección social de los trabajadores inactivos en relación con su derecho a la libre circulación (M^a Dolores Carrascosa Bermejo); la exportación de la prestación por desempleo (José Manuel Pazó) y los problemas aplicativos derivados de la aplicación de las normas sobre cómputo recíproco de cotizaciones (Andrés Trillo). Todos estos estudios aportan conclusiones –y propuestas– interesantes en relación a cuestiones de sumo interés en el marco de la cada vez mayor movilidad de los trabajadores (y también ciudadanos inactivos) europeos y el carácter profesional de los sistemas europeos de seguridad social.
10. El estudio de la jurisprudencia comunitaria sobre transmisión de empresas que lleva a cabo el prof. Gárate Castro se completa con dos estudios más. El que dedica la profesora Milena Bogoni, desde el análisis de la jurisprudencia más reciente del TJUE y el que, desde Portugal, lleva a cabo el profesor David Carvalho, en el que analiza la reforma legislativa llevada a cabo el año 2018 en dicho país, adaptando su ordenamiento jurídico a la nueva jurisprudencia comunitaria en relación a cuestiones clave. Haría bien nuestro legislador en tomar ejemplo de la actuación legislativa de nuestros vecinos portugueses.
11. Finalmente, dos estudios abordan cuestiones más puntuales, pero no por ello menos relevantes. La abogada Inés González aborda los últimos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la temporalidad de los empleados públicos en España, tema de extrema actualidad. La también abogada Lidia de la Iglesia centra su atención en el personal sanitario analizando el impacto que la jurisprudencia europea ha tenido en la configuración de su régimen jurídico. La importancia cuantitativa y social de ambos colectivos y sus peculiaridades explican por sí mismas la importancia de esta jurisprudencia, que ha encontrado en España un gran motor de dinamización.
12. En definitiva, nos hallamos ante un libro de lectura imprescindible. El Derecho de la Unión Europea ya no es un reducto que solo incumbe al legislador. Todos los operadores jurídicos y especialmente, quienes ejercen la potestad jurisdiccional en el ámbito nacional, deben conocer la jurisprudencia del TJUE para poder cumplir el mandato que les impone el Derecho comunitario ahora plasmado expresamente en el nuevo art. 4.1 bis LOPJ. La jurisprudencia comunitaria ha cobrado una inusitada importancia cuantitativa y cualitativa y, como recuerda en su *Presentación* el magistrado Juan Martínez Moya, especialista del orden social y vocal del CGPJ, cumple un papel unificador en su aplicación y contribuye de forma esencial en el proceso de construcción del espacio europeo de justicia, también en materia de derechos sociales. En este sentido, este libro constituye una herramienta esencial para la formación y para la difusión de la cultura jurídica europea.
13. Reino Unido ha desempeñado un importante papel en la creación de esta cultura jurídica europea. Desde su integración (1973), 623 cuestiones prejudiciales resueltas

proceden de Reino Unido², lo que constituye un 6,13% del total (10.149). Más allá de los números, algunas de estas sentencias han sido de suma importancia para la interpretación de algunos principios comunitarios, como el principio de igualdad y no discriminación, especialmente en cuestiones de género. Si finalmente se materializa la salida de Reino Unido de la Unión Europea, los británicos se van a ver privados de la protección jurídica que deriva de la jurisprudencia comunitaria y los europeos continentales de las iniciativas provenientes de Reino Unido, siempre interesantes por su particular sistema jurídico y la diversidad y multiculturalidad de sus ciudadanos.

14. La oposición a la ruptura de Enrique VIII con la Iglesia de Roma por su negativa a concederle el divorcio de Catalina de Aragón y la posterior creación de la Iglesia Anglicana, hecha a medida de sus intereses, le costó (literalmente) la cabeza a Tomás Moro. También el Brexit se ha cobrado ya otras cabezas (D. Cameron; T. May; Parlamento británico), sin que aún esté claro cómo y cuándo se va a materializar. La singularidad del carácter inglés constituye un lugar común y, como todo tópico, tiene un cierto sustrato de verdad. Esta particularidad lo es con los europeos continentales, pero también en relación a buena parte de los ciudadanos de las otras naciones que integran el Reino Unido (Escocia e Irlanda del Norte), quienes votaron mayoritariamente a favor de su permanencia en la Unión Europea. Quizá no sea casualidad que fuera escocés el primer magistrado de nacionalidad británica que formó parte del TJUE. Lord Mackenzie-Stuart, de quien el profesor Miranda Boto recuerda en su estudio una divertida anécdota sobre la escasa actividad del TJUE en sus primeros años de existencia, fue nombrado juez del TJUE nada más producirse la adhesión de Gran Bretaña a la CEE (1973-1984), llegando a ostentar su presidencia (1984-1988)³. Si les brotan ganas de leer su estudio sobre el Tribunal de Justicia al que se refiere el profesor Miranda Boto⁴, les sugiero añadan también a su lista de lecturas pendientes “*Inglaterra, su Inglaterra*” (A. G. MacDonell, 1933)⁵, una sátira de los ingleses y la Inglaterra de entreguerras hecha por un escocés quien, entre muchas otras cosas, no logra comprender la hilaridad que les provoca la mera mención de Aberdeen, precisamente ciudad natal de Lord Mackenzie-Stuart (1924-2000).

² https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-06/ra_2017_es_web.pdf (fecha de consulta: 19-9-2019).

³ https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_members_of_the_European_Court_of_Justice (fecha de consulta: 19-9-2019).

⁴ Mackenzie-Stuart, Lord. A., “El Tribunal de Justicia: una visión personal. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas visto desde el interior”, en Alonso García, R., *Clásicos de la Justicia Europea. En el 50 Aniversario de los Tratados de Roma*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

⁵ Macdonell, A.G., *Inglaterra, su Inglaterra*, Belvedere, Madrid, 2013.



LA HUELGA MINERA EN SANTA EULALIA, EN LA NUEVA VIZCAYA, 1730

José ENCISO CONTRERAS*

“Señor capitán general,
usted nos dará nuestra pepena,
o si no, la cabeza de San Juan”
*Corrido de los trabajadores
de Santa Eulalia, 1730*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Orígenes de un lejano real de minas*. III. *Los moradores*. IV. *Bonanzas y crisis mineras*. V. *Relaciones del trabajo en el mundo minero novohispano*. VI. *El alboroto de El Ojito*. VII. *Epílogo*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El conflicto laboral de naturaleza colectiva más antiguo que hasta la fecha se ha encontrado documentado para la historia de México, es el llamado *tumulto* o *alboroto* de Santa Eulalia, en Chihuahua, que dio comienzo el 7 de marzo de 1730 en un paraje rural aledaño denominado “El Ojito de don Benito”. El episodio ha sido abordado someramente por otros autores,¹ y se trata del primer antecedente de los modernos movimientos de huelga en el que se revela al mismo tiempo el activo proceso de germinación de la clase obrera en el virreinato novohispano. De lo anterior se desprende la necesidad de un

* Universidad Autónoma de Zacatecas.

¹ English Martin, Cheryl, *Gobierno y sociedad en el México colonial. Chihuahua en el siglo XVIII*, Chihuahua, Gobierno del Estado de Chihuahua, 2004, pp. 99-106. En su trabajo la autora dedica a esta cuestión un breve apartado bien documentado.

estudio particular sobre el caso, que proporcione cierta claridad sobre los complejos procesos sociales que anunciaban signos de modernidad jurídica y política, y debe asentarse también que el presente trabajo es meramente exploratorio y preliminar sobre un asunto que merece sin duda más atención. Para su exposición, conviene previamente echar un rápido vistazo a aquel remoto poblado minero del siglo XVIII.

II. ORÍGENES DE UN LEJANO REAL DE MINAS

El mineral de Santa Eulalia, en la Nueva Vizcaya, surgió tardíamente en el panorama de la minería colonial del norte de México, teniendo en cuenta que las actividades extractivas argentíferas comenzaron a activarse en el cercano real de San Francisco de Cuéllar —hoy Chihuahua— desde 1652, pero sólo para ser abandonadas poco después a causa de las rebeliones de los indios tarahumaras.²

La región fue destino de empresas misioneras por parte de los franciscanos a partir de las últimas décadas del siglo XVII, y de los jesuitas en los albores de la siguiente centuria,³ pero sus resultados no fueron suficientes como para mantener a la población indígena suficientemente distraída de tentaciones levantiscas, lo cual a su vez obstaculizó un ritmo regular en el establecimiento de los asentamientos españoles y de la actividad minera en la zona. Peter Gerhard describe este proceso de la siguiente forma:

² Gerhard, Peter, *La frontera norte de la Nueva España*, México, UNAM, 1996, p. 245. En la década de los ochenta del siglo XVII, la principal jurisdicción en la zona residió en Cosihuiriáchic y en San Francisco de los Conchos. Conocida inicialmente como San Francisco de Cuéllar, asiento final de Chihuahua; en 1718 su denominación cambió a villa de San Felipe el Real, y fue en esa época que el alcalde mayor con jurisdicción en ella fue cambiado por un corregidor, cuya designación se hacía por venta del oficio en la metrópoli.

³ *Ibidem*, pp. 246 y 247. Durante las décadas postreras del siglo XVII, los franciscanos de la custodia de Zacatecas fundaron en la zona varios pueblos de misiones con indios tarahumaras y conchos, entre los que destacaron San Antonio Julimes y San Cristóbal del Nombre de Dios. Otros franciscanos de la provincia de Nuevo México fundaron una escuálida doctrina en Junta de los Ríos en 1683, que fue abandonada cinco años más tarde. Los franciscanos establecidos en San Cristóbal del Nombre de Dios se hicieron cargo de administrar los sacramentos en el mineral de Santa Eulalia, al igual que lo habían hecho desde sus inicios en la villa de San Francisco de Cuéllar. En 1709, la plaza de Chihuahua ya era beneficio secular. “Santa Eulalia tuvo un teniente de cura hasta que se constituyó en beneficio independiente en alguna fecha intermedia a las de 1745 y 1760. La villa de Chihuahua también tuvo (desde 1715) un convento de franciscanos de Zacatecas, que hizo las veces de presidencia y (desde 1718) un colegio de la Compañía de Jesús. En 1716, esta última congregación fundó una misión en Santa Ana y San Francisco Xavier Chinarras”.

En general el panorama se caracteriza por la imagen de indios hostiles, vacilantes entre una vida de libertad cimentada en robo de ganado y de etapas de servidumbre (a menudo de ocio relativo) en comunidades supervisadas por los españoles. El contingente laboral en las minas incluía indios que no pertenecían al área, en particular un pueblo de yaquis en las afueras de Chihuahua, en Guadalupe,⁴ probablemente llevados por el minero José de Aguirre.

El arranque inicial de la minería en Santa Eulalia se dio casi al parejo de una reactivación del real de San Francisco de Cuéllar, en 1707 y 1708, respectivamente, cuando la ganadería ya establecida en la región se vio incentivada con la demanda mercantil de ambos centros metalúrgicos. San Francisco de Cuéllar cambiaría su denominación en 1718 por la de San Felipe el Real, conocido actualmente como la ciudad de Chihuahua. Dada su proximidad —alrededor de 25 kilómetros— ambos asentamientos se integraron en una misma jurisdicción administrativa y política. En términos administrativos, los dos reales

desarrollaron una relación que se convirtió en dependencia mutua, pues la importancia económica de la producción argentífera protegió a Santa Eulalia del predominio de la cabecera. Muchos mineros y comerciantes tenían residencia en ambos lugares, y los almacenes de Chihuahua dependían de la minería de Santa Eulalia tanto como fuente de sus capitales, como para dar salida a su mercancía.⁵

El número de habitantes en la zona aumentó sensiblemente al ritmo del desarrollo minero. Entre los dos poblados apenas congregaban 43 vecinos en 1709, llegaron a sumar 336 en 1716, y alcanzaron la cifra de 506 almas en 1725. Este periodo de ascenso encontró su punto de inflexión negativa a partir de 1734,⁶ cuando la producción de plata comenzó a

⁴ *Ibidem*, p. 247.

⁵ Hadley, Phillip L., *Minería y sociedad en el centro minero de Santa Eulalia, Chihuahua (1709-1750)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 31.

⁶ Gerhard, Peter, *op. cit.*, pp. 247 y 248. “Alrededor de 1734, Arlegui escribía, tal vez con cierta exageración, que San Felipe era una bulliciosa comunidad de 25,000 personas con un área de construcción que se extendía sin interrupciones por espacio de media legua. Posteriormente, a partir de 1734, la producción empezó a decaer y las minas de Chihuahua entraron en un periodo de declinación con intervalos ocasionales de efímeras bonanzas en minas individuales. A mediados de los años cuarenta del XVIII aún se informaba de la presencia de 2,000 familias de españoles solamente en San Felipe, además de un número no precisado de mestizos y mulatos. La creciente ferocidad de las incursiones apaches, combinada con la decadencia de la minería, indujeron a muchos a salir del área y en 1760 [el obispo]

declinar —si acaso con breves excepciones posteriores en algunas minas en lo particular—, precisamente en una etapa inmediata posterior a la sublevación laboral de El Ojito. Phillip Hadley, quien ha elaborado el trabajo de investigación histórica más detallado sobre Santa Eulalia, refiere cómo el grueso de los habitantes asentados en la zona, a raíz del auge metalúrgico, provenía de distintas regiones del territorio colonial. La abundante documentación que el autor revisó le permitió afirmar que la población de Santa Eulalia fue racialmente heterogénea, compuesta básicamente por indios, españoles, africanos y mestizos.⁷

III. LOS MORADORES

Como ya se adelantaba, la población de Santa Eulalia manifestó crecimiento más o menos sostenido durante los cuarenta años inmediatos que siguieron al descubrimiento de sus vetas. La explotación se inauguró con un periodo de auge y se mantuvo a la alza hasta la década de 1730-1740, cuando la producción decayó y causó el deterioro de la población del distrito,⁸ y consecuentemente del resto de las actividades económicas periféricas.

Hadley divide a los moradores de Santa Eulalia de este periodo en tres apartados: *a)* los trabajadores ocupados en la extracción y beneficio de los minerales; *b)* la élite propietaria de minas e ingenios, conocidos como mineros, cendradilleros o dueños de hacienda de beneficio y, *c)* los artesanos y funcionarios que proporcionaban servicio a los dos sectores señalados anteriormente.

La élite propietaria era un grupo relativamente homogéneo y no presenta problema alguno en su caracterización; muchos de ellos habían nacido en España⁹ y eran inmigrantes en Santa Eulalia, procedentes a su vez de otros

Tamarón solamente encontró 9,407 personas en ambos reales, de los cuales un poco más de la mitad estaban en Santa Eulalia; había además 5,395 habitantes en pueblos, haciendas y lugares más pequeños, lo que daba una población total de 14,802 en 1760. Aunque no se consignó la distribución racial se dice que había una elevada proporción de mulatos; muchos mestizos se encontraron como españoles”.

⁷ Hadley, Phillip L., *op. cit.*, p. 30.

⁸ *Ibidem*, pp. 31 y 32. De cualquier forma, hacia estas fechas, tanto Chihuahua como Santa Eulalia se habían consolidado como las poblaciones más importantes del norte del virreinato, tanto económica como demográficamente. Representaban 14% de la población total de la Nueva Vizcaya y 22% de la población no indígena.

⁹ Las regiones peninsulares de origen más representativas de este sector, según los datos conseguidos por English, fueron Castilla-León, Galicia y el País Vasco, en ese orden, aunque los hubo de otras provincias. *Cfr.* English Martin, Cheryl, *op. cit.*, p. 327.

centros mineros. Sus familias se perpetuaron en el control de la economía local por el resto del siglo XVIII.¹⁰

En 1716 el entonces gobernador de la Nueva Vizcaya, el controversial don Manuel San Juan de Santacruz, efectuó una visita en la zona de la que se desprende que tanto en los sectores dominantes de la minería como en los del comercio, la población española era mayoritaria. En ese mismo año un censo militar reveló que 336 varones residían en la jurisdicción, concentrados principalmente en Santa Eulalia y en Chihuahua. San Juan visitó a la sazón 15 minas que estaban en explotación, todas ellas ubicadas en Santa Eulalia, cuya propiedad correspondía a 17 personas. Hadley afirma que también en ese tiempo operaban 11 haciendas de beneficio en San Francisco de Cuéllar y 7 en Santa Eulalia. Se destaca igualmente que los mineros más exitosos ya habían comenzado a participar en otras áreas de la actividad económica, tales como el comercio y la ganadería. Con base en estas mismas fuentes se puede afirmar que, al igual que en el resto de los reales de minas del septentrión, los mercaderes no conformaban una población estable, aunque en el decenio de 1720-1730 “los comerciantes más prominentes de Santa Eulalia y Chihuahua eran propietarios de las minas y haciendas de beneficio más grandes”.¹¹

Hacia 1725, la jurisdicción del corregimiento de Chihuahua ya era importante, estaba habitada por alrededor de 600 familias, sin contar con la población indígena. El 85% de ellas se establecían en Chihuahua y Santa Eulalia (49 y 36%, respectivamente); “...los mineros de 1725 eran representantes típicos del grupo propietario de las minas durante el periodo... o sea que eran españoles, tenían puestos importantes en la burocracia y también se ocupaban de actividades comerciales y del beneficio del mineral”.¹² Sólo en Santa Eulalia en este tiempo vivían 214 familias, y durante el periodo de 1712 a 1725, se identificaron 125 mulatos, mestizos y negros, y 126 indios.

¹⁰ Hadley, Phillip L., *op. cit.*, pp. 35 y 38.

¹¹ *Ibidem*, p. 44. El gobernador San Juan inspeccionó las medidas y pesas de 19 tiendas en 1716; de ellas 17 se ubicaban en Chihuahua y sólo 2 en el real de minas. “Y a pesar de que no se sabe de qué raza eran los comerciantes de Santa Eulalia en tantos casos como cuando se trata de mineros y refinadores, todos los que ejercían el comercio entre la década de 1730-1740 eran españoles, como lo eran los dueños de las mayores casas comerciales tanto de Santa Eulalia como de Chihuahua, quienes también participaban en la minería y el beneficio”.

¹² *Ibidem*, p. 45.

Se trataba de una población creciente al amparo de la bonanza minera, tal y como lo refiere la tasa de nacimientos durante el segundo cuarto del siglo, con tendencias positivas como puede inferirse de la siguiente tabla:

TABLA 1
BAUTISMOS EN LA PARROQUIA DEL SAGRARIO DE SAN FELIPE
EL REAL DE CHIHUAHUA, 1725, 1730 Y 1735

<i>Casta</i>	<i>1725</i>	<i>1730</i>	<i>1735</i>
Espanoles	84	45	145
Indios	97	74	93
Mestizos	33	56	57
Mulatos	25	32	65
Otros	59	74	102
Adultos	31	26	20
<i>Total</i>	329	307	482

FUENTE: English Martin, Cheryl, *Gobierno y sociedad en el México colonial. Chihuahua en el siglo XVIII*, Chihuahua, Gobierno del Estado de Chihuahua, 2004, p. 328.

Parte no desdeñable de la población española —fuera de los propietarios mineros de relevancia— también se dedicaba a las labores de extracción y beneficio de la plata, así como al comercio en pequeña escala, o bien se desempeñaban como empleados o dependientes de negocios. Mestizos y españoles laboraban prácticamente en todas las áreas económicas.¹³

Numerosos mestizos pasaban por españoles en los censos y conteos, pero otro sector de ellos estaba plenamente identificado y registrado como tal. En 1725, se localizaron 41 mestizos en Santa Eulalia, de los cuales 35 laboraban como sirvientes en lo general, y sólo 6 como operarios de minas. Ninguno se ubicó en actividades superiores de control de trabajadores, como capataces o sobresalientes, pero esto puede atribuirse, insistimos, a que los mestizos se hacían registrar como españoles. Empero, a diferencia de la minería de otros reales metalúrgicos,¹⁴ la proporción de trabajadores mestizos

¹³ *Ibidem*, p. 48. Numerosos españoles aparecen documentalmente como denunciante de minas y más tarde como capataces o mayordomos de las haciendas importantes, lo que habla de mineros que no poseían capital suficiente para invertir en la explotación minera y se ocupaban en actividades menores.

¹⁴ Velasco, Cuauhtémoc, “Los trabajadores mineros de Nueva España, 1750-1810”, en Florescano, Enrique *et al.*, *La clase obrera en la historia de México. De la colonia al im-*

en Santa Eulalia no fue considerable, por lo menos basándose en los datos arrojados por los documentos; no obstante que Hadley reconoce enfáticamente que fuera de estas constancias, los mestizos debieron ser bastante numerosos dada la amplia población indígena registrada, la cual prácticamente en su totalidad eran sirvientes o peones.¹⁵

Teniendo en cuenta sus antecedentes de insumisión, los indios naturales de la zona permanecían controlados rigurosamente por leyes y reglamentos que limitaban su libertad de movimiento, y estaba prohibido que se mezclaran con los indios trabajadores fuereños.

La ebriedad en público estaba prohibida para todos, pero había disposiciones específicas que prohibían el consumo de bebidas autóctonas tales como el mezcal, el *tepache*, el *bingarrrote* y el *bangui*. Además estaba prohibido a los indígenas la compra de bebidas alcohólicas o el cultivo de la vid; sin embargo, no contamos con pruebas que estas disposiciones se hayan acatado¹⁶ —antes al contrario, agregaríamos nosotros, como veremos adelante—.

IV. BONANZAS Y CRISIS MINERAS

Según los datos referentes a la producción de plata en la Nueva España recopilados por Cuauhtémoc Velasco, se advierte que durante los periodos 1721-1740 y 1741-1760, las tendencias se manifestaban a la alza, con producciones de 4,615,000 y 6,020,000 kilogramos de plata, respectivamente.¹⁷

Por testimonios de la época sabemos que varias bonanzas favorecieron la producción argentífera en Santa Eulalia, especialmente las de las viejas minas, las primeras en descubrirse, que tuvieron varios florecimientos, como en 1725, 1730 y 1734.¹⁸ Con posterioridad a 1750, cuando la mayoría de los centros mineros novohispanos anunciaban cierta recuperación, Santa Eulalia entró nuevamente en decadencia, aunque no precisamente por conflictos

perio, México, Siglo Veintiuno-UNAM, 1986, p. 286. El autor concluye que los centros mineros del siglo XVIII se caracterizaron por altos índices de población mestiza, y la cultura local seguía el mismo camino, como el caso de Guanajuato.

¹⁵ Hadley, Phillip L., *op. cit.*, p. 51.

¹⁶ *Ibidem*, p. 104.

¹⁷ Velasco, Cuauhtémoc, *op. cit.*, p. 243.

¹⁸ Hadley, Phillip L., *op. cit.*, p.153. "...desde el último año mencionado las minas están en decadencia...", afirma un documento descubierto por el autor.

de naturaleza laboral sino a causa de la caída de la ley de los metales y a una serie de ataques de los indios.¹⁹

Otro factor asociado a las crisis que afectaron a la minería del norte de la Nueva España, fue la carencia de mano de obra y las dificultades en el aprovisionamiento de insumos para los procesos extractivos y de beneficio, provenientes de los mercados interno y externo. En estas regiones no existían los suficientes grupos autóctonos de agricultores a los cuales recurrir en casos de escasez de mano de obra, en contraste con lo que prevalecía en el centro y sur del virreinato.²⁰ La oferta de mano de obra, como siempre, dependía de los imprevisibles auges metalúrgicos. A la larga, estos factores presionaban el nivel de los precios en el ámbito local, tanto por los salarios que tendían a dispararse como por la permanente amenaza de escasez de alimentos, dada la lejanía de los emplazamientos mineros y las dificultades que este hecho representaba para el transporte.

Durante el periodo de estudio, una casa en Santa Eulalia tenía precios muy dispares, desde los 5 pesos que valía un jacal rascuache para los operarios, hasta los 4,000 que costaba una de las grandes casas de los ricos mineros. La población consumía carne de res y de carnero, hortalizas y frutas de producción local, pollos, guajolotes, cerdos, así como piezas de caza y peces de los ríos cercanos, que obtenían los indios. Los comerciantes distribuían fiambres, tocino y manteca llevados de lugares distantes.²¹ El aguardiente fue otro de los productos de mayor demanda en tiempos de auge. Mas debe asentarse que no siempre hubo disponibilidad de alimentos, recuérdese que la escasez de ellos fue un fantasma gravitando permanentemente sobre las poblaciones novohispanas.²²

Por otro lado, y ya refiriéndonos explícitamente a la coyuntura que estamos estudiando, el nivel de endeudamiento por concepto de azogue que presentaban los mineros confirma cierta pujanza de la industria hacia 1730 y 1731, es decir, justo en el lapso en que se presentó el movimiento huelguístico de El Ojito.

¹⁹ *Ibidem*, p. 149.

²⁰ Velasco, Cuauhtémoc, *op. cit.*, p. 250.

²¹ Hadley, Phillip L., *op. cit.*, pp. 83 y 129.

²² *Ibidem*, pp. 131-133. Tal fue el caso de El Parral en 1724, cuando el gobernador prohibió la salida de granos y alimentos para atacar el problema, que además repercutía directamente sobre la minería, por el alza de los precios que traía aparejada la baja oferta de alimentos. Un minero de Santa Eulalia manifestó ese año que el problema era tan serio que la gente comenzaba a comer salvado y los mineros no tenían qué dar de comer a los operarios. Los pobladores más pobres salían de sus casas a pedir de comer y el precio del maíz aumentó 350%. La crisis se extendió hasta 1725.

TABLA 2
DEUDAS DE AZOGUE DE LOS MINEROS DE SANTA
EULALIA-CHIHUAHUA 1730*

<i>Minero</i>	<i>Fiador</i>	<i>Quintales</i>	<i>Pesos de oro común</i>
Pedro Facundo	Juan de Guangorena	4	330.7
Rosa Ortiz de Campos	Domingo de Lugo	1092	868.4.9
Pedro de Azúa	Felipe de Iriarte	10	827.1.3
Diego González de la Errán	Martín Antonio de la Errán	19**	827.1.3
Tomás de Chávez	Diego de Velasco	3	248.1.3
Juan Felipe de Orozco	Francisco de Larrasolo	12	992.5
<i>Total</i>		64.5	4,590.7.3

* En las fuente la cifra está registrada en arrobas, y equivale a 10.5 quintales, teniendo en cuenta el precio de 82 pesos, 5 tomines y 9 granos por quintal, en que se basaba la Junta de Azogues, en la metrópoli, desde 1708. Muy probablemente los contadores de Durango confundieron la arroba con la libra, unidad de medida utilizada en la época con la misma equivalencia de 100 por quintal.

** Las cuentas de este minero muestran cierta incongruencia en la fuente entre el monto de azogue y el adeudo, que puede imputarse a pagos parciales o a un simple error de cálculo.

FUENTES: Archivo Histórico del Estado de Durango. Hacienda, caja 6, exp. 34. *Relación del año de 1730. Virrey*. Durango, 10 de mayo de 1731. Antonia Herrera Heredia, *La renta del azogue en la Nueva España: 1709-1751*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano Americanos-Universidad de Sevilla, 1978, pp. 13, 14 y ss. Véase también Lang, M. F., *El monopolio estatal del mercurio en el México colonial (1559-1710)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977, p. 193.

TABLA 3
DEUDAS DE AZOGUE DE LOS MINEROS DE SANTA
EULALIA-CHIHUAHUA 1731*

<i>Minero</i>	<i>Fiador</i>	<i>Quintales</i>	<i>Pesos de oro común</i>
Manuel de San Juan Santacruz	Simón de Ugarte	13	1,075.3.10
Ignacio Alfonso de Riaza	Diego de Velasco y otro	18	1,489.1
Rosa Ortiz de Campos	Juan de Orrantia	20	1,737.2.6
Juan José de Urrutia	Pedro de Urzeta	12	992.6
Diego González de la Errán	Manuel de Hermosino	6	496.3
Juan de Ozaeta	Domingo García	1	124.0.9
<i>Total</i>		70	5,915.1.1

* La lista de deudores de 1731 incluye dos mineros que laboreaban fuera de Chihuahua. Se trata de Juan Quintero, de Siánori, que debía 496 pesos y 3 tomines por 6 quintales. Además aparece Diego Ladrón de Guevara, de Guanaceví, que debía 248 pesos, 1 tomín y 6 granos por 3 quintales. No aparecen en este cuadro.

FUENTES: Archivo Histórico del Estado de Durango. Hacienda, caja 6, exp. 34. *Relación de real hacienda del año 1731*. Virrey Marqués de Casafuerte, Durango, 14 de abril de 1732.

Estas cuentas facilitan, aunque no de manera concluyente, explicar la composición de la comunidad de empresarios mineros de Santa Eulalia en los años del conflicto laboral. Es decir, el quién era quién en cuanto a la producción y beneficio de mineral de plata.

Durante este breve periodo la cantidad de azogue que diez mineros de Santa Eulalia y Chihuahua adeudaban a la real hacienda ascendió a 134.5 quintales. De ese total, 71.05% habían sido distribuidos entre seis mineros, cuyo consumo fue superior o igual a los 10 quintales. La hacienda que más mercurio utilizó en el beneficio fue la perteneciente a Rosa Ortiz de Campos, que según estas cifras utilizó 30 y medio quintales durante el periodo de dos años; le sigue Ignacio Alfonso de Riaza con 26 y, desde luego, Manuel de San Juan de Santacruz con 13 quintales. Solos estos tres empresarios debían 51% del azogue que se adeudaba a la real hacienda en estos años en el distrito. Forzando un poco las cosas, es de suponerse que la producción de plata de estos mineros iba en esa misma proporción.

V. RELACIONES DEL TRABAJO EN EL MUNDO MINERO NOVOHISPANO

Desde los inicios de la actividad extractiva en el distrito de Santa Eulalia fue evidente que, por la ubicación geográfica de los veneros de plata, uno de los principales problemas para la industria sería la poca disponibilidad de fuerza de trabajo, como ya se señalaba en anterior apartado. Por eso, las autoridades intentaron en un principio compeler, inclusive con el apoyo de soldados, a la población autóctona de las misiones a los trabajos de las minas, con poco éxito. En épocas de aguda escasez de brazos, hasta hubo quienes en 1716 llevaron a sus minas alrededor de 100 trabajadores yaquis de tierras tan lejanas como Sonora. Otras medidas para garantizar la suficiencia de la fuerza de trabajo fue la persecución de la vagancia, decretada por el entonces gobernador Manuel San Juan en 1715, que al parecer tampoco resultó suficiente, probablemente porque hasta los vagos escaseaban.²³

El déficit fue bastante recurrente en la minería colonial y particularmente agudizado mientras más al norte se ubicaran los centros mineros. David Brading afirma, siguiendo a Henry Ward —quien vio las cosas en 1827—, que los trabajadores mineros de México eran prácticamente socios de sus patrones, pues en conjunto se trataba de un sector laboral libre, de gran movilidad y generalmente bien retribuido. Parece hacer extensiva la caracterización para los trabajadores de esta rama de la última mitad del siglo XVIII, y también describe que especialmente en la minería del norte de Nueva España los contingentes laborales estaban constituidos por “tribus” errabundas cuya experiencia minera se había acumulado por varias generaciones y que perseguían persistentemente las intempestivas bonanzas en los diferentes reales. Como muestra de esta gran movilidad, Brading cita los casos de Catorce y Bolaños, cuyos descubrimientos lograron atraer entre 12 y 20 mil personas al trabajo extractivo, respectivamente.

Parece existir cierta contradicción en Ward al señalar a estos grupos tras-humantes como contingentes compuestos de mulatos y mestizos, porque debe apuntarse que aquellos sectores no vivían en *tribus*, habida cuenta de la inclinación de la mayoría de los indios preferentemente hacia los trabajos agrícolas.²⁴ Coincidentemente, acerca de los trabajadores de la minería del siglo XVIII, Cuauhtémoc Velasco anota que la mayoría de ellos eran libres,

²³ English Martin, Cheryl, *op. cit.*, pp. 95-97.

²⁴ Brading, David, *Mineros y comerciantes en el México borbónico 1763-1810*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991, p. 201. En contraste con este esquema, la minería del sur, hasta fechas muy tardías seguía reclutando trabajo indígena forzado, como en Pachuca y Real del Monte.

pues no eran compelidos a las labores de extracción y plantas beneficio, “iban a éstas atraídos, en general, por percepciones económicas considerablemente más altas que las usuales en las labores agrícolas”.²⁵

Hay que decir de paso que uno de los efectos sociales de la economía minera en el siglo XVIII fue su tendencia a la destrucción de la vida comunitaria indígena. En términos generales, enfáticamente durante la referida centuria, se pretendió la separación de los indios de sus tierras y su incorporación como trabajadores a una sociedad de carácter mercantil, es decir, se indujo un proceso de proletarización que aliviara la endémica escasez de brazos en los distritos metalúrgicos y las ciudades. Se infiere pues que las empresas mineras ya no querían depender tanto de su cercanía con regiones indígenas densamente pobladas. “A partir de entonces se multiplican las zonas mineras norteñas, que adquieren gran relevancia a lo largo del siglo XVIII”.²⁶ Sin embargo, en importantes distritos mineros del sur novohispano, todavía en la primera mitad del mismo siglo de las luces, subsistieron tardíamente los viejos sistemas de trabajo esclavo y forzado, como ha descubierto Laura Pérez Rosales, en su trabajo sobre Taxco.²⁷

Para matizar los comentarios de Ward secundados por Brading acerca de la relativa posición privilegiada de los trabajadores, no puede dejar de reconocerse que el trabajo de los operarios mineros siempre fue peligroso en extremo, especialmente en el interior de los socavones, y en Santa Eulalia las cosas no tenían por qué ser diferentes. El célebre jurista don Francisco Xavier Gamboa, refiriéndose a cierta pena impuesta a los ladrones de metales y herramientas, escribió:

Para sacar los metales se expende gran trabajo, y amenazan graves peligros, y por eso a los hombres perdidos impusieron las leyes esta pena, por ser continuo el ejercicio de la labor, continuos los precipicios, y más peligrosos mientras más hondas las minas. Caen los respaldos, y las piedras, que sofocan a muchos; son frecuentes los estrépitos y rayos, y hay algunos que aseguran

²⁵ Velasco, Cuauhtémoc, *op. cit.*, p. 282.

²⁶ *Ibidem*, pp. 245 y 246.

²⁷ Pérez Rosales, Laura, *Minería y sociedad en Taxco durante el siglo XVIII*, México, Universidad Iberoamericana, 1996, pp. 145 y 148. “Diversos pueblos ubicados en las jurisdicciones de Iguala y Cuernavaca fueron de los más afectados por este interés y necesidad de los propietarios de hacerse de trabajadores. Pocas veces los pueblos accedieron de buena gana a proporcionar hombres de sus comunidades, aunque se les pagara, pues no les importaba pasar una semana en trabajos que no eran de su interés y que además eran riesgosos y por lo general mal remunerados. Esto, inevitablemente, generó innumerables y continuos conflictos entre los pueblos de indios, empresarios mineros y autoridades locales”.

varios fantasmas, espectros y aun demonios que juegan, y también afligen, y hacen desamparar las minas...²⁸

En ese sentido, por ejemplo, los *tenateros* o porteadores mineros, debían soportar pesados cargamentos de mineral, y subir sin descanso escalinatas de miles de peldaños,²⁹ y encima ir muertos de miedo por temor a fantasmas y chamucos.³⁰

Se sabe igualmente de la escasa esperanza de vida de los barreteros del siglo XVIII debido a las hostiles condiciones de su trabajo, aunque hubo insistentes opiniones interesadas coetáneas, que afirmaban que la corta vida de los peones se debía indirectamente a la pepena, porque gastaban el dinero proveniente de ella en embriaguez y juegos de azar, en medio de prolongadas juergas donde sólo bebían y no comían. Y algo había de cierto en esta cuestión.

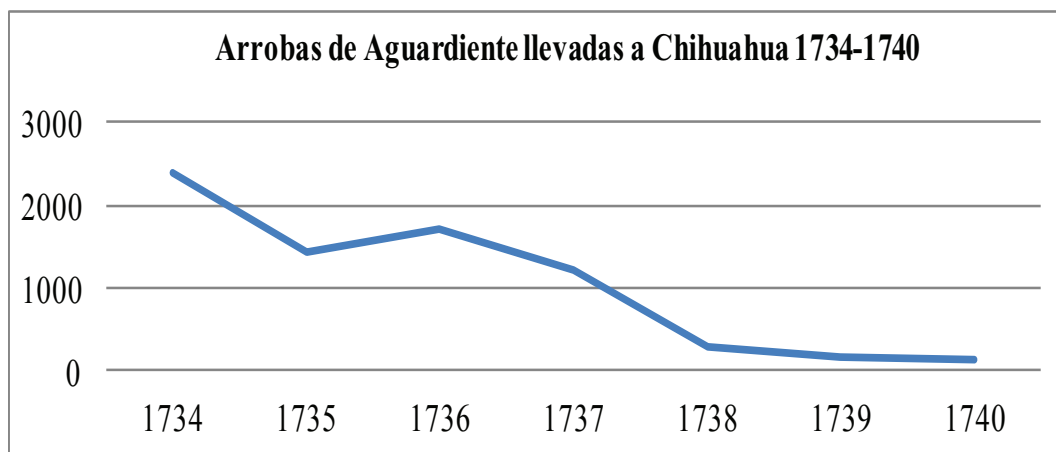
El consumo de bebidas espirituosas en Chihuahua y Santa Eulalia en el periodo que estamos revisando no ha sido estudiado suficientemente, sin embargo, hemos encontrado datos que permiten hacernos una idea de su comportamiento y revelan el entusiasmo que la población de ambos centros mostraban al empinar el codo. Mientras que el consumo de productos de esta especie en otros reales de minas más meridionales y desde el siglo XVI, fue el vino de uva, el tinto propiamente dicho, ya en el siglo XVIII la bebida favorita de los mineros de Santa Eulalia era el aguardiente de uva, es decir un destilado, principalmente el producido en Parras, y en menor medida el procedente de El Paso.³¹

²⁸ Gamboa, Francisco Xavier, *Comentarios a las ordenanzas de minas dedicados al católico rey, nuestro señor, don Carlos III. (Que dios guarde)*, Madrid, Oficina de Joaquín Ibarra, 1761, pp. 461 y 462.

²⁹ Velasco, Cuauhtémoc, *op. cit.*, pp. 272 y 273.

³⁰ Gamboa, Francisco Xavier, *op. cit.*, p. 462. Sobre el ambiente de las profundidades de las minas, y en los ingenios de beneficio, Gamboa anotó que: “Son éstas unas cavernas húmedas, sofocadas, oscuras, y no se alienta en ellas sino el vapor nocivo; los riesgos de la vida en el ascenso, descenso y derrumbamientos, amedrentan; desnudos y erizados los operarios, y cargados de pesadas barras y metales; frecuentes las enfermedades y la corrupción; venenosas las fundiciones y las azoquerías; incurables, y a cada paso las dolencias, entre humedades, fuego y vapores. Hace todo las penas de un infierno...”.

³¹ Las primeras viñas fueron plantadas en El Paso por los franciscanos desde antes de 1668, contando con irrigación. Además se sabe que prósperos ranchos fueron establecidos en la rivera del Río Bravo. “Ningún asunto agrícola, dice una autoridad de El Paso, captó más la atención de los visitantes de la zona que la uva y la industria del vino, la que surgía de la necesidad de las misiones para un suministro confiable de vino de consagrar; los viñedos de El Paso se convirtieron rápidamente en la principal actividad agrícola. Se creó en el área



FUENTES: Archivo Histórico del Estado de Durango. Hacienda. Ingresos. Caja 14, Exp. 18. *Libro del real derecho de este nuevo impuesto perteneciente al año de setecientos treinta y cinco, desde la foja dos hasta la diez y nueve inclusive, <aparecen> de cargo las partidas siguientes.* Chihuahua, 1o. de enero de 1735. *Libro del real derecho del nuevo impuesto sobre el aguardiente del año de 1738 desde la foja primera hasta la segunda las partidas siguientes.* Chihuahua, 1o. de enero de 1738. *Libro del nuevo impuesto sobre el aguardiente de cargo en la foja primera y vuelta las partidas siguientes tocantes a este año de 1739.* Chihuahua, 1o. de enero de 1739. *Libro del nuevo impuesto del aguardiente de este año de 1740, desde la foja primera hasta la segunda. Constan las partidas siguientes.* Chihuahua, 1o. de enero de 1740. Caja 15, Exp. 20. *Libro del real derecho del nuevo impuesto sobre el aguardiente para esta villa de San Felipe el Real de Chihuahua. Año de 1736,* Chihuahua, 1o. de enero de 1736, caja 15, exp. 21; *Libro del real derecho del nuevo impuesto sobre el aguardiente para esta villa de San Felipe el Real de Chihuahua. Año de 1737,* Chihuahua, 1o. de enero de 1737.

Con los auges metalúrgicos llegó a ser tan amplio el mercado local del chinguere, que propició la lucrativa imposición por parte de la Corona de una especie de sisa —por lo menos desde 1734, o quizá desde alguna fecha no muy anterior— cuya tasa se tasaba en un peso de oro común por cada arroba del producto. Disponemos de información relativa al periodo 1734-1740, es decir, un lapso casi inmediatamente posterior a 1730 en que sucedieron los alborotos laborales que aquí estamos estudiando. En ese tiempo

un monopolio sobre el vino, el vinagre, el brandy y la producción de pasas, todo lo cual fue enviado en grandes volúmenes durante el siglo XVIII por el Camino Real de Chihuahua y Santa Fe. Una lista del número total de barriles de vino y aguardiente (brandy) enviados a Chihuahua en el periodo de 1788 a 1796 ocupó algunas veintidós páginas manuscritas”. *Cfr.* Timmons, W. H., *El Paso. A Borderlands History*, El Paso, The University of Texas, 1990, p. 27. En 1730 la cantidad de caldos procedentes de esta región a Chihuahua realmente era insignificante, pero los datos de Timmons sugieren el desarrollo de la producción de éstos en El Paso hacia la segunda mitad del siglo.

los ingresos de la real hacienda obtenidos del gravamen a la venta de aguardiente en el distrito minero, alcanzó los para nada despreciables 7,356 pesos, seis reales y nueve granos.³²

Las fuentes indican que el principal destino de las cargas de aguardiente, transportado normalmente en barriles, era el vecino San Felipe El Real, sitio en el que, con muy pocas excepciones, se establecían los mercaderes del líquido. Las cifras que se muestran en la gráfica anterior indican severo descenso en el tamaño del mercado durante el periodo, lo que pudo ser ocasionado por varios factores como las restricciones decretadas por la Corona que, por lo menos en el terreno de lo formal, mantuvo en todo tiempo contra el consumo de bebidas alcohólicas en los centros mineros; igualmente debiera atribuirse al advenimiento de una eventual crisis como la apuntada por Gerhard, que se expresaba en la reducción del poder adquisitivo y en la migración de los trabajadores. Podemos sin embargo decir que a mayor inestabilidad laboral, más ley seca.

La caída en el consumo de aguardiente fue pronunciada en el periodo de siete años al que nos referimos, que el asunto merecería un análisis más detallado, digno de otro estudio. Por ahora, basta con saber que de un total de 2,409 arrobas que se llevaron a Chihuahua en 1734 —jes decir, más de 38,864 litros!—, hacia 1740, tan sólo se llevaron 126 arrobas equivalentes a 2,032 litros. O sea que estamos ante una estrepitosa caída de este trasiego por el orden de 95% en ese lapso.³³

³² Archivo Histórico del Estado de Durango. Hacienda. Ingresos. Caja 14, Exp. 18. *Libro del real derecho de este nuevo impuesto perteneciente al año de setecientos treinta y cinco, desde la foja dos hasta la diez y nueve inclusive, <aparecen> de cargo las partidas siguientes*, Chihuahua, 1o. de enero de 1735. *Libro del real derecho del nuevo impuesto sobre el aguardiente del año de 1738 desde la foja primera hasta la segunda las partidas siguientes*. Chihuahua, 1o. de enero de 1738. *Libro del nuevo impuesto sobre el aguardiente de cargo en la foja primera y vuelta las partidas siguientes tocantes a este año de 1739*. Chihuahua, 1o. de enero de 1739. *Libro del nuevo impuesto del aguardiente de este año de 1740, desde la foja primera hasta la segunda. Constan las partidas siguientes*. Chihuahua, 1o. de enero de 1740. Caja 15, Exp. 20. *Libro del real derecho del nuevo impuesto sobre el aguardiente para esta villa de San Felipe el Real de Chihuahua. Año de 1736*. Chihuahua, 1o. de enero de 1736. Caja 15, Exp. 21. *Libro del real derecho del nuevo impuesto sobre el aguardiente para esta villa de San Felipe el Real de Chihuahua. Año de 1737*. Chihuahua, 1o. de enero de 1737.

³³ Las cantidades de aguardiente son realmente asombrosas. Para efectuar la conversión nos hemos basado en las proporciones utilizadas en un estudio especializado. *Vid.* Corona Páez, Sergio Antonio. *La vitivinicultura en el pueblo de Santa María de las Parras. Producción de vinos, vinagres y aguardientes bajo el paradigma andaluz (siglos XVII y XVIII)*, Torreón, Ayuntamiento de Torreón, 2004, p. 161. “La arroba en uso en Parras era de 32 cuar-

Las consideraciones que de momento se nos ocurren sobre este fenómeno es que la permanente imputación de los mineros novohispanos hacia los operarios, de gastar gran parte de sus ingresos provenientes de la pepena o partido en bebidas alcohólicas, parece ser una posibilidad más que probable, pero propiciada en muchas ocasiones por los mismos patrones, que invertían grandes capitales en el lucrativo negocio de la borrachera. Adicionalmente, el notorio descenso del consumo pudiera significar la imposición de medidas administrativas en su contra, fenómeno al que pudiera achacarse, por lo menos en parte, la actitud levantisca de los operarios, y explicarse por la crisis de producción de plata del periodo.

*El tequio y la pepena o partido: “polilla de los caudales
y madre de todos los vicios”*

Opiniones encontradas respecto del nivel de vida e ingresos de los trabajadores mineros coloniales, se dieron desde los primeros tiempos del periodo, principalmente en torno a un medio de vinculación a la fuente de trabajo que se convirtió en compleja institución desde las épocas iniciales de la actividad extractiva. Nos referimos a la *pepena*, posteriormente conocida como *partido*, costumbre laboral frecuentemente asociada al trabajo de *tequio*. Una y otra relaciones se presentaron en la minería novohispana desde el siglo de la conquista aunque con variantes particulares, dependiendo del tiempo y del lugar.

Durante el siglo XVI, por ejemplo

...mientras que en Zacatecas se llamaba pepena al saco de mineral de alta ley que se permitía obtener al operario —una vez concluida su jornada— para su propio beneficio y con la libertad para venderlo, el tequio en Taxco pareciera ser el término equivalente, aunque ciertamente fue una institución laboral más compleja —similar al contrato a destajo— que representaba una cantidad indeterminada de *tenates*³⁴ de mineral para cuya obtención el indio solía alquilarse por semana con dos o más patrones diferentes, de todos los cuales recibía dinero a cambio del mineral que les entregaba.³⁵

tillos. Cada cuartillo para líquidos constaba de 504.15 mililitros. La arroba de 32 cuartillos constaría pues de 16.133 litros”.

³⁴ *Tenate*. Del náhuatl *tenatli*, bolsa o saco.

³⁵ Enciso Contreras, José, *Zacatecas en el siglo XVI. Derecho y sociedad colonial*, Zacatecas, Universidad de Alicante-Ayuntamiento de Zacatecas-Instituto Zacatecano de Cultura, 2000, p. 380. Puede consultarse igualmente del mismo autor, *Taxco en el siglo XVI. Sociedad*

Estas diferencias no han sido plenamente detectadas por varios especialistas que en ocasiones han percibido ambas instituciones como idénticas e inmutables.³⁶

Todavía en el siglo XVIII lo que atraía a los trabajadores a las minas era el ingreso extra proveniente de la pepena, conocido ya para ese tiempo como *partido*, el cual era muy variable también en el periodo estudiado por David Brading, cuando en “Guanajuato, y Real del Monte, una vez que el trabajador completaba su cuota diaria de mineral, obtenía el 50 por 100 de lo demás que extrajera durante el resto del día. La otra mitad correspondía al patrón...”.³⁷ Aun a principios del siglo XIX muchas minas pequeñas no daban salario a los operarios, sino que repartían con ellos todo el mineral extraído,³⁸ configurando un sistema de trabajo conocido como *a ingenio*.

La pepena floreció con más ímpetu allí donde la oferta de fuerza de trabajo se presentaba con más debilidad y era aplicada como sistema para atraer y vincular a los escasos obreros al trabajo minero; implicaba eventualmente posibilidades de altos ingresos para los trabajadores, siempre en detrimento de las ganancias de los mineros e inversionistas por lo que, cuando el mercado de trabajo llegaba a nivelarse la pepena era duramente cuestionada por los patrones y algunos funcionarios reales; también llegó a convertirse en

y normatividad en un real de minas novohispano, Taxco, Ayuntamiento de Taxco de Alarcón, 2000, pp. 118 y ss.

³⁶ Chávez Orozco, Luis, *Conflicto de trabajo con los mineros de Real del Monte. Año de 1766*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1960, p. 13. “El partido, tal y como se venía calculando en la Nueva España desde el siglo XVI, consistía en la mitad del producto del trabajo del minero, una vez que éste cumplía su pesada tarea (tequio). Así, por ejemplo, si la tarea se había calculado en cuatro costales de tierra mineral, y el trabajador sacaba seis, es decir, dos más de la tarea, de estos dos correspondía uno al trabajador. El trabajador veía al partido como la verdadera fuente de su subsistencia, y el único aliciente para entregarse a una tarea tan pesada y tan peligrosa”. Prosigue Chávez diciendo que los trabajadores podían vender libremente su pepena o partido, por lo que preferían hacerlo a los rescatadores que pagaban mejor el producto, que los propios patrones.

³⁷ Brading, David, *op. cit.*, pp. 202 y 203. “En Zacatecas y más al norte, éste llegaba a una cuarta parte del total, pero en Tlalpujahuá, José de la Borda sólo daba una doceava parte. En Catorce, en los primeros tiempos, la proporción llegó a elevarse hasta la tercera parte y aun la mitad, pero cuando los partidos eran tan grandes, los trabajadores generalmente no recibían salario...”.

³⁸ Velasco, Cuauhtémoc, *op. cit.*, p. 287. En Guanajuato y Real del Monte, “el barretero estaba obligado a extraer una cuota diaria del mineral (tequio), por un salario de cuatro reales, cumplida la cual, el metal excedente se partía con mitades con el dueño”. El Tlalpujahuá, el partido era de una doceava parte del mineral, y en Zacatecas, en esa época, alcanzó la cuarta parte más el salario. En Bolaños, no se pagaba salario, pero se repartía al trabajador la tercera parte del mineral.

motivo de enfrentamientos de intereses entre los empresarios y sus trabajadores, como en el caso que traemos entre manos.

El sistema tenía sus inconvenientes, pues los operarios siempre esperaban obtener parte de las ganancias de los patrones y colocaban el mineral más rico en sus tenates para poder venderlo a los rescatadores o compradores de mineral a mejor precio. “Se hicieron varios intentos para reformar este sistema, pero no tuvieron éxito, ya que los mineros eran bien conocidos por su tendencia al desorden y al motín”.³⁹

En ese sentido, el experto minero llamado Pedro Joseph de Leonz, redactó el 11 de junio de 1770 un informe sobre la minería en Real del Monte, que dedicó a atacar frontalmente la institución del partido aduciendo que gran parte de la razón de su existencia eran los rescatadores, que desde tiempos antiguos compraban minerales a los operarios de las minas, tanto los que obtenían de los partidos como los que hurtaban.⁴⁰ Este documento planteaba que la costumbre del partido no tenía antecedente en la minería novohispana, antes sostenía que en los primeros años de explotación minera colonial trabajaban con tandas de indios, a la manera de la mita peruana, pagándoles su jornal en “tabla y mano propia”, sin partido alguno, el cual era la principal razón de la “infelicidad de la minería”, achacándole a su vigencia la causa del tumulto del 15 de agosto de 1766 en Real del Monte.⁴¹

El minero opinaba que aquella costumbre no podía tomarse como derecho de los operarios, puesto que la permisión del dueño a sus trabajadores para obtener el metal extra era “puramente graciosa y los actos voluntarios no fundan uso ni costumbre”, así como porque el trabajo *a ingenio* estaba “expresamente prohibido por las leyes, y resistiéndolo éstas no tiene legitimidad la costumbre”.⁴² Adicionalmente Leonz formuló una lista de once perjuicios a la minería provenientes de la práctica del partido, que en sín-

³⁹ Brading, David, *op. cit.*, p. 203.

⁴⁰ El informe ha sido publicado en Chávez Orozco, Luis, *La situación del minero asalariado en la Nueva España a fines del siglo XVIII*, México, Centro de Estudios Históricos del Movimiento Obrero, 1978, pp. 29 y ss.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 30, 31, 43 y 44. Leonz explica el origen de los partidos en la relación que existió entre los buscones y los mineros que sin capitales intentaban la explotación de los yacimientos acordando con los primeros trabajar “a ingenio”; es decir, aquéllos solicitaban al propietario laborar la mina sin más apoyo económico que velas y herramientas, acordando repartir por partes iguales el producto de su trabajo. Afirma que en Guanajuato aún se trabajaba en algunas minas de esa manera, a la fecha de su informe.

⁴² *Ibidem*, pp. 44 y 45. Leonz asegura que la costumbre del partido no estaba contemplada en las *Ordenanzas del Nuevo Cuaderno*, que comenta Gamboa, para Nueva España, ni en el *Gazophilacio Real*, para el Perú, ni en las *Leyes de Indias*. Tampoco las tiene como

tesis consistían en que los mineros debían pagar jornales a los operarios con toda independencia del hecho de que la mina efectivamente produjera metales. Llamaba al partido la “polilla de los caudales y madre de todos los vicios”, pues los operarios reservaban lo mejor del mineral —llamado pepena o mogrollo— para ellos, y entregaban en los tenates del tequio lo peor del metal: crudezas, guijas y tepetates.

Para la obtención de metales de mejores calidades, a los operarios no les importaba extraerlos de los pilares con que se sustentaban las techumbres de las minas, lo que ocasionaba su derrumbamiento, o bien eran obtenidas de las contenciones contra el agua que se dejaban preventivamente en las profundidades, provocando su anegamiento. Además, se quejaba de que un comportamiento bastante típico de los trabajadores era abandonar los trabajos cuando no había posibilidad de obtener el partido, o sea, cuando la mina precisaba de “obras muertas”, como hacer socavones o saqueo de tierras y escorias, pues entonces dejaban la mina en busca de otra que les generara pepena en lo inmediato. El escrito planteaba que las familias de los operarios no recibían beneficio alguno del partido pues éstos lo dilapidaban indiscriminadamente —junto con el dinero procedido de la venta de herramientas e insumos que robaban—, en tabernas y tiendas.⁴³ Asimismo, puntualizaba que aquellos perjuicios desalentaban la inversión de los mineros.

Pese al malestar causado a los propietarios de minas y sus corifeos, las altas autoridades reales estaban en su mayoría conscientes de la utilidad de respetar la práctica de los partidos. Por ejemplo, en el conjunto de leyes dictadas por el visitador José de Gálvez, encontramos el Bando señalando salarios y razón de mantenimientos que se han de dar a los trabajadores, jornaleros y sirvientes que se expresan, del 2 de junio de 1769, en que trató de abolir algunas distorsiones económicas contra el salario —también reputadas como costumbres laborales—, pero al mismo tiempo declaró en firme la existencia del partido, cuyo monto se determinaría entre patronos y operarios.⁴⁴ Esta actitud es comprensible si tenemos en cuenta que el partido

universales para todo el reino en ese momento, pues en “Taxco y Zimapán se contentan con su jornal los operarios...”.

⁴³ *Ibidem*, pp. 33-39, *passim*.

⁴⁴ Vázquez, Genaro V., *Legislación del trabajo en los siglos XVI, XVII y XVIII. Relación entre la economía, las artes y los oficios en la Nueva España*, México, Departamento Autónomo del Trabajo, 1938, pp. 156 y 157. En su artículo segundo establece: “A los barreteros de minas y demás faeneros de igual trabajo, se les ha de pagar a lo menos siete pesos al mes, en dinero, y en cada semana se les darán dos almudes de maíz y media arroba de carne fresca, o un cuarto de arroba de tasajo, sean casados o solteros, y sin hacer novedad por ahora en el partido que comúnmente se concede a los barreteros por los dueños de las minas”.

palió problemas económicos y sociales de no poca relevancia: “la incapacidad monetaria y crediticia de los dueños de minas, el carácter calificado y arriesgado del trabajo de los barreteros y, quizá lo más importante, un mercado de trabajo sumamente restringido”.⁴⁵ De allí que su vigencia lograra remontar el periodo colonial y se proyectara hasta bien avanzada la vida del México independiente.

En Santa Eulalia, la principal consecuencia de la prestación de la pepena para los trabajadores era la relativa independencia que les otorgaba al momento de elegir con quien comprar los productos de consumo, en demérito de la vieja costumbre de los patrones para venderles ellos mismos mercancías.⁴⁶ Colateralmente este poder adquisitivo adicional propició el surgimiento de una importante red de mercaderes y cendradilleros que amoblaron la economía regional. Según lo afirmaban los trabajadores, no podían sustentar a sus familias con el producto del tequio, lo que se solucionaba con el partido. Y, desde luego, que la vigencia del partido permitía disimular los hurtos de mineral por parte de los operarios, quienes justificaban con él su repentina y poco explicable disponibilidad de metálico. No resulta pues extraño el furor con que defendieron su derecho al partido en el episodio de 1730.

VI. EL ALBOROTO DE EL OJITO

Hasta ahora se había tenido como el precedente huelguístico más antiguo en México al conflicto de Real del Monte, suscitado en 1766, al que Luis Chávez Orozco le ha asignado relevancia histórica.⁴⁷ Empero, la sublevación de Santa Eulalia vino a presentarse con bastante antelación a la de Real del Monte, y como resultado de un proceso previo de acumulación de tensiones sociales y económicas entre el capital y el trabajo, que ya se había manifestado años antes, aunque al parecer con menor intensidad en el distrito metalúrgico. Hacia 1720 tenemos antecedentes de la intención de los patrones por abolir la pepena, y en respuesta los operarios suspendieron sus labores

⁴⁵ Velasco, Cuauhtémoc, *op. cit.*, p. 288.

⁴⁶ English Martin, Cheryl, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁷ “...no sólo por haber sido el primero que se manifestó con características modernas, tan modernas que pueden asimilarse con un movimiento de huelga propiamente dicho, sino también por la calidad de las tesis que se formularon a lo largo del conflicto, tanto por los trabajadores y su defensor, como por la autoridad máxima, el Virrey de la Nueva España”, Chávez Orozco, Luis, *Conflicto de trabajo...*, *cit.*, p. 169. Hadley, por su parte, registra el movimiento como la primera huelga de Chihuahua.

mediante movimientos aislados y regresaron al trabajo al restablecerse la prestación. Sus amos llegaron a ofrecer comprarles directamente las pepenas pero la respuesta fue negativa al pagarla a precios más bajos en relación con los ofrecidos por los cendradilleros, los que también fueron objeto de la animadversión de los patrones.⁴⁸ Nuevamente en 1727 los mineros “intentaron suprimir la costumbre de pagar una parte del salario con la pepena, afirmando que el obrero era su sirviente remunerado con un salario, por lo que todo el material extraído era de su propiedad”.⁴⁹

Insistimos en que el conflicto de 1730 se dio en el marco de crecientes tensiones entre patrones y trabajadores, motivadas por la práctica del sistema de pepenas o partidos, que comenzó a estilarse desde los primeros años de actividad extractiva en la jurisdicción de Chihuahua. Y tampoco resulta casual que se advirtiera a la sazón notoria recuperación poblacional en ese momento —a juzgar los datos del cuadro 1, y por el número de trabajadores sublevados—, y que la oferta de mano de obra presentara indicadores halagüeños, por lo que la necesidad de ese medio de vinculación a la fuente de trabajo se sintiera como superflua por parte de los empresarios.

La confrontación que nos ocupa comenzó a partir de la elección como diputado de minería, del poderoso minero y ex gobernador de la Nueva Vizcaya, don Manuel San Juan Santacruz, el 26 de febrero de 1730, en sustitución del también minero don Domingo de Basoco.⁵⁰

⁴⁸ English Martin, Cheryl, *op. cit.*, p. 99.

⁴⁹ Hadley, Phillip L., *op. cit.*, p. 165. Este episodio previo a 1730 culminó con una derrota para los intereses de los mineros, cuando los operarios sólo se reintegraron al trabajo en el momento en que se les garantizó respetó el derecho a vender libremente sus pepenas. Acerca de este hecho no se ha encontrado documentación suficiente, más que vagas referencias bibliográficas. Los trabajadores se defendieron entonces rechazando las nuevas condiciones adversas, y hasta un patrón tan poderoso como el general de Zubiate fracasó en su intento de imponer este cambio a los obreros, pues “cuando declaró que cesaban de tener el derecho a vender sus pepenas, los trabajadores sencillamente abandonaron las minas...”.

⁵⁰ Archivo General de Indias de Sevilla, sección Audiencia de Guadalajara, legajo 181. *Testimonio de los autos originales que el corregidor de Chihuahua don Juan Sánchez Camacho, remitió a esta real audiencia, quejándose de que el día 12 de mayo de 1730 lo había suspendido del empleo el antecesor gobernador Barrutia, con cuyo motivo remitió dicho gobernador testimonio de las ordenanzas hechas por la minería de Chihuahua que ocasionaron la sublevación de los operarios, para cuya pacificación hizo el corregidor las diligencias que constan, quien remitió juntamente una información de sus buenos procedimientos, hecha ante el reverendo señor obispo; en cuya vista mando la audiencia al gobernador restituyese y por no haberlo hecho dio la audiencia cuenta al señor virrey, quien remitió despacho auxiliatorio con carta de 8 de junio de 31, y por la audiencia se libró segunda real provisión para la restitución, que tampoco se ha ejecutado, de que se quejó el corregidor*

Conviene explicar que San Juan había sido gobernador de la Nueva Vizcaya entre 1714 y 1720,⁵¹ y al término de su gestión se convirtió en uno de los hombres más ricos de la extensa gobernación, pues se le citaba como “el dueño absoluto del comercio en la Nueva Vizcaya”.⁵² Justo en 1730 afirmaba ser minero, propietario de grandes extensiones de tierra y numerosos hatos de ganado y daba empleo a muchos hombres; que en su hacienda de minas tenía instalados 12 hornos para beneficio por azogue, así como que era propietario de una gran estancia de ganado mayor denominada San Juan de las Encinillas, situada a 12 o 13 leguas de San Felipe, y que también se dedicaba a ser prestamista. Además de su proverbial y permanente hostilidad hacia los trabajadores,⁵³ algunos testimonios lo ubican como fundador del presidio de Los Chinarras, indios que habían sido rebeldes, y del Colegio de la Compañía de Jesús en San Felipe. La preminencia social y política del *rico hombre* estaba fundada asimismo en que en su estancia de Encinillas tenía muchos hombres armados, y era “fortísimo presidio”.⁵⁴

En cierta información promovida por el propio San Juan en 1733, se hace mención de cómo, apoyado en la importancia económica de sus negocios, había obtenido por parte del virrey un decreto inhibitorio por el cual sus propiedades y empleados quedaban excluidos de la jurisdicción de las justicias ordinarias e incluso de la autoridad judicial del gobernador, hecho que a todas luces debilitaba el poder e influencia de Francisco de Barrutia⁵⁵ a la sazón en ese cargo, con quien protagonizó encendida enemistad.⁵⁶ Es-

en varias consultas, San Felipe, 26 de febrero de 1730 (en lo sucesivo, este archivo será referido por sus siglas: AGI, seguido de la sección y número de legajo).

⁵¹ Rodríguez-Sala, Ma. Luisa *et al.*, *Los gobernadores de Nueva Vizcaya del siglo XVIII. Análisis histórico-social de fuentes primarias*, Durango, Universidad Juárez del Estado de Durango, 2000, p. 93.

⁵² English Martin, Cheryl, *op. cit.*, p. 101.

⁵³ *Ibidem*, p. 100.

⁵⁴ AGI, Guadalajara 180. *Testimonio de la información que con varios eclesiásticos dio el señor don Manuel San Juan Santacruz, caballero de Santiago, ante el señor vicario y sus eclesiásticos de esta villa*, San Felipe el Real, 24 de noviembre de 1733.

⁵⁵ Rodríguez-Sala también concluye que la enemistad entre ambos personajes residía en la confrontación de uno y otro por el predominio en la actividad minera. *Cfr.* Rodríguez-Sala, María Luisa, *op. cit.*, p. 97.

⁵⁶ Pueden verse más ampliamente estos conflictos en José Enciso Contreras, “Conflictos jurisdiccionales en la Nueva Vizcaya durante la administración del gobernador Francisco de Barrutia, 1728-1733”, en Diego-Fernández Sotelo, Rafael *et al.*, *El gobierno de la justicia. Conflictos jurisdiccionales en la Nueva España*, Zamora, Michoacán, El Colegio de Michoacán-Archivo Histórico del Municipio de Colima-Archivo de Letras, Artes, Ciencias y Tecnologías, 2012, pp. 205 y ss.

tos decretos de justicia privativa fueron otorgados a poderosos hombres de la Nueva España durante el periodo —normalmente a magnates mineros grandes deudores de la real hacienda—, y en todos los casos fueron causa de enconadas disputas entre empresarios y autoridades gubernativas y judiciales locales y provinciales.⁵⁷

Para continuar con nuestra exposición, en la citada sesión electiva de febrero de 1730 fueron aprobadas una serie de ordenanzas que en conjunto reflejaban los intereses de los patrones. Establecían que todos los mineros deberían tener marca propia con que señalaran los plomos y las platas que “fundieren, afinaren, y en cualquier manera sacasen”, porque hasta entonces se había omitido hacerlo. Se prohibió igualmente salir a interceptar a los vendedores de carbón y leña de fundición en los caminos, práctica que ocasionaba escasez de los productos en el mercado local y presionaba los precios a la alza, en perjuicio de los propios mineros, entre otras disposiciones.⁵⁸ Sin embargo, las medidas que más parecían importar a la corporación se referían a aspectos estrictamente laborales, como prohibir la práctica de

⁵⁷ Hemos trabajado esta materia en otros contextos, como el del poderoso minero conde de Santa Rosa, en Zacatecas, durante el periodo. *Vid.* Enciso Contreras, José, “Decretos inhibitorios, justicia privativa provincial y local. El caso del Conde de Santa Rosa en Zacatecas (siglo XVIII)”, en Puente Brunke, José de la *et al.*, *Derecho, instituciones y procesos históricos. XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, t. II, Lima, Instituto Riva-Agüero/Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, pp. 377-396.

⁵⁸ AGI, Guadalajara 181. *Testimonio de los autos originales que el corregidor de Chihuahua...*, *cit.* Según el mismo reglamento debería dejarse entrar en la villa a los arrieros que trasportaban los insumos a que se hace referencia, se prefería para su venta a los mineros en relación con los que no lo eran; se prescribía moderar el precio del carbón y la leña, podía confiscarse en los tendejones y casas donde llegaran a almacenarse con fines especulativos. Se proscribió también a los tendejoneros comprar “ligas” de cendrada, *temezcuitate* y herramienta, objetos que usualmente eran robados por los operarios en las minas, y se especulaba con ellos. Los productos de esta misma naturaleza que vinieran de afuera del distrito por conducto de arrieros, también deberían venderse preferentemente a los mineros. Medidas similares fueron dictadas en las ordenanzas respecto de la sal, la que debía depositarse en una alhóndiga para suministro de la minería. En el texto se hace alusión a la abundancia de vagos y a la escasez de operarios, por lo que se pidió al corregidor decretara medidas de apremio, emplazando a los ociosos para que se contrataran y, cumplido el término, se permitiera tanto a mandones como a sobresalientes de las minas para aprehender a los vagos y compelerlos al trabajo, pagándoles salario regular, “como se ejecuta en varios reales de minas de Nueva España y Galicia”. Se dispuso adicionalmente en las ordenanzas la construcción de una alhóndiga —que no la había—, para ingresar en ella maíz, frijol y otros productos con el fin de evitar que se almacenaran en tiendas y casas de particulares, lo que aumentaba los precios, exceptuando a los mineros que guardaban estos productos pero sin propósito de venta, sino para el mantenimiento de las cuadrillas de operarios. Acerca del abasto de carne de vaca, se dispuso asegurar el suministro a la minería, y se impuso a

muchos operarios que se contrataban al mismo tiempo con dos patrones, en menoscabo de su rendimiento pues “se debilitan, se enferman y algunos caen muertos en el trabajo”.

Sobre todas las cosas por reglamentar destacaba la costumbre de la pepena, con el pretexto de que era obtenida por los operarios en el interior de las minas que, en ocasiones, sacaban mineral de los pilares de sustentación, debilitándolos a tal grado que ocasionaban derrumbes y muertes, por lo que se propuso mantener la pepena siempre y cuando fuera obtenida “fuera de la mina, en su terreno, de la gruesa”. No se trataba de decretar abiertamente la desaparición del sistema de pepenas —pues los patrones tenían muy presente la alteración que tal medida acarrearía entre sus trabajadores—, sino en todo caso desnaturalizarla al extremo de hacerla nugatoria, pues en las ordenanzas se trastocaban sus características originales —mantenidas, en esencia, desde su aparición en la minería novohispana—, se prohibió obtener el mineral del partido directamente del interior de los socavones.

Los patrones eliminaban de facto la pepena puesto que por un lado evitaban que los operarios socavaran los pilares de sostenimiento de las techumbres, e inducían a que la calidad del metal de la *gruesa*, es decir el mineral producto del tequio, aumentara. Además combatirían la presencia de los rescatadores o cendradilleros que obtenían robusto provecho de la pepena, al comprar a los operarios el metal con el propósito de beneficiarlo de manera independiente, incentivando la práctica. Firmaron muy orondos, sin imaginar la que se les vendría encima, las nuevas ordenanzas prácticamente la totalidad de los patrones mineros y el corregidor.⁵⁹ Contra lo establecido legalmente, el corregidor de San Felipe y Santa Eulalia, Juan Sánchez Camacho, acordó todos los puntos de las ordenanzas que le presentaron los mineros, y reservó para la Audiencia de la Nueva Galicia la confirmación de lo relativo a la imposición de penas a los contraventores de las normas, suspendiendo su ejecución hasta entonces.

Resulta curioso cómo aunque no se tratara de un reglamento aprobado conforme a derecho por el propio corregidor y mucho menos por la audien-

los mineros la obligación de celar en el cumplimiento de las ordenanzas, y que el corregidor inspeccionara regularmente “tiendas, tendejones y demás que convenga...”.

⁵⁹ Aparecen en el documento las firmas de Juan Sánchez Camacho, Manuel San Juan de Santacruz, Domingo de Basoco, Juan Joseph de Urrutia, Joseph de Baraya, Domingo de Ugarte, Juan Felipe Orozco, Pedro Ruiz de Azúa, Diego González de la Errán, Pedro Facundo, Francisco Campa, Pedro de Bolado Velarde, Ausencio de Híjar, Santiago de Irungaray e Ignacio Alfonso de Riaza.

cia, algunos avorazados mineros comenzaron a aplicarlo *motu proprio*, de lo que pronto se enteraron los operarios que reaccionaron colectivamente de manera radical. A partir del 7 de marzo, sumamente molestos, abandonaron poco a poco los trabajos de las minas, retirándose hacia un paraje denominado El Ojito de don Benito, ubicado a escasas cinco leguas de distancia de Santa Eulalia. La evolución de los acontecimientos que narraremos revela que los obreros habían acumulado la experiencia de sus anteriores protestas y sin duda se advierte el surgimiento de núcleos dirigentes que se echaron auestas la organización de la huelga, y no lo hicieron tan mal, lo que sea de cada quien. Numerosos trabajadores incitados por los operarios más movilizados fueron suspendiendo sus actividades ante la simple amenaza de supresión de la pepena, y según la opinión del gobernador Francisco de Barrutia con la medida también se contrariaban seriamente los intereses de los rescatadores, cendradilleros, tendejoneros y miembros del comercio que se vieron afectados con la medida pues, a la larga se privaba a los rescatadores de su materia de trabajo, reducía su poder de compra y deterioraba la derrama fiscal para la Corona.

Sánchez Camacho asentó en un testimonio que el martes siete de marzo de 1730, “algunos peones de diferentes minas se habían retirado de ellas por el motivo de la voz que ha corrido de que los mineros intentaban darles las pepenas de la gruesa del montón que se hiciere en el terreno, prohibiéndoles que la sacaren de dentro de la mina, como parece ha sido estilo en algunas, o las más de dichas minas”. La medida nugatoria se aplicó *ipso facto* —pese a la suspensión prudentemente declarada por el corregidor—, en las minas del capitán don José Urrutia y de don Ignacio Alfonso de Riaza, por lo que

...resultó dicho alboroto en algunos de los peones, y porque después ha ido recreciendo el retiro de ellos, faltando todos, y los más, al trabajo, labor y beneficio de las dichas minas, y retirándose todos juntos a distancia de cinco leguas de las dichas minas, asegurando que no han de volver a ellas hasta en tanto se les concedan las referidas pepenas...⁶⁰

Hacia el 11 de marzo multitud trabajadores sublevados se concentraron en El Ojito; llegaban a 400, aunque otras fuentes advierten hasta 600 hombres.⁶¹ El aguerrido y salpicado grupo estaba compuesto mayoritariamente por indios y mestizos, aunque tampoco faltaron operarios espa-

⁶⁰ AGI, Guadalajara 181. *Testimonio de los autos originales que el corregidor de Chihuahua...*, cit.

⁶¹ Cfr. English Martin, Cheryl, *op. cit.*, p. 100.

ños, mulatos y negros; de todo como en botica. No se habían alzado a la aventura, improvisadamente; el ambiente olía a organización de varios días, semanas inclusive. Por el testimonio de un emisario de los sublevados recibido en El Parral pocos días más tarde, sabemos que los paristas “todos tenían armas; algunos arcabuces, trabucos y pistolas, y otros más espadas y cuchillos; y los indios yaquis y cholomes que trabajaban en las minas de los herederos del capitán Zubiarte y don Pedro de Arzúa, tenían carcajees y flechería”.⁶²

Debemos entender que se escogió premeditadamente aquel paraje por tres razones principales: para comenzar estaba situado a distancia prudente del real de minas en prevención de posibles confrontaciones violentas con los patrones, para lo que ya vimos estaban bien preparados; además había en ese lomerío agua en abundancia suficiente como para permitirles una estadía prolongada en caso de ser necesario y, por último, el sitio era relativamente aledaño a uno de los principales caminos que conducían a Santa Eulalia, hecho que también les garantizaba acceso a víveres y mantenimientos. Para una buena huelga nada mejor que El Ojito de don Benito, oiga usted.

Los trabajadores estaban realmente alterados pero muy entusiasmados, sí señor, pues izaron en aquel paraje su propio estandarte como visible y provocadora señal de insumisión y según algunas fuentes amenazaban con destruir la villa de San Felipe, así como con matar al sangrón de San Juan y destruir su casa desde los merititos cimientos. O sea que el ambiente en El Ojito parecía ser bastante animado pues se las arreglaron para pasarla lo más confortablemente posible, llevaron guitarras y toda la cosa, y hasta escribieron corridos de protesta y los cantaban alegremente, uno de ellos que recogió Cheryl English, estaba dirigido a Barrutia y decía más o menos así: “Señor capitán general, usted nos dará nuestra pepena, o si no, la cabeza de San Juan...”.⁶³ Dada la abundancia de aguardiente en las poblaciones, seguro tampoco les faltaba bebida suficiente para aligerar los rigores y fríos de la combativa jornada.

⁶² AGI, Guadalajara 181. *Testimonio del que remitió con la consulta de primero de agosto de 1730 el antecesor gobernador Barrutia, sobre la sublevación que el día 26 de marzo de dicho año hicieron los operarios de las minas de Chihuahua, quienes escribieron a dicho gobernador para que viniese a mediar en sus diferencias, en cuya virtud, y que cuando ya se habían sosegado, dicho operarios por medio de carta del reverendo obispo y dirigencias del corregidor que era, hoy despojado, don Joseph Sánchez Camacho, lo que parece llevó a mal el gobierno como manifiestan los autos*, San José de El Parral, 11 de marzo de 1730.

⁶³ English Martin, Cheryl, *op. cit.*, p. 100.

La organización de que hablamos les permitió ir capoteando las necesidades de aquella ruidosa y bullanguera muchedumbre de varias razas, colores y sabores dispersa en el lomerío de Santa Eulalia. Para sustentar materialmente la movilización solían llamar a vecinos del paraje donde estaban para que vieran los fierros con los que estaban herradas las infortunadas vacas que por allí pastaban, de las cuales mataron cinco para comérselas en carnes asadas, eso sí, prometiendo pagarlas más tarde. Pero una chuleta asada así nomás en seco como que no sabía igual, por lo que, aunque manifestaron que en un principio habían llevado consigo alguna cantidad de pan, al terminárseles habían secuestrado las recuas de harina o maíz que por allí transitaban, librando debidamente un documento por el importe de las cosas que tomaban, cuyo monto sería pagado por sus respectivos amos. Más allá de eso nada más, porque un testigo dijo "...que no sabe ni les oyó decir ser su ánimo hacer daño a ningún pasajero, como ni tampoco a los hacenderos...".⁶⁴ Esta última cuestión nos hace pensar en que los huelguistas cuidaron políticamente la imagen de su movimiento porque el encono de gran parte de la población, sobre todo de las familias de los paristas, como era de esperarse se dirigió hacia los patrones y en especial contra don Manuel de San Juan, principal impulsor de las ordenanzas.⁶⁵ Sin embargo, el ambiente ocasionado por la huelga fue de gran crispación, porque la actitud de los vecinos "decentes" de San Felipe fue de auténtico pánico. Se encerraron en sus casas temiéndose de las pretendidas amenazas de los paristas. Además, como siempre, para desacreditar la huelga no faltaron malintencionados rumores de que los indios rebeldes de la región del Río Bravo, harían causa común con los operarios,⁶⁶ cosa bastante exagerada, por cierto.

Por la fuerte resistencia de los operarios y disuadido en su condescendencia inicial mostrada hacia los mineros, el corregidor ordenó a su teniente fuera hasta los peones remisos y los requiriera para que regresaran al trabajo inmediatamente, perdonándoles en nombre del rey los excesos cometidos, y ofreciéndoles además ordenar que les dieran sus pepenas tal como

⁶⁴ AGI, Guadalajara 181. *Testimonio del que remitió con la consulta de primero de agosto...*, San José de El Parral, 11 de marzo de 1730.

⁶⁵ Archivo particular de José Enciso Contreras, Zacatecas. *Varias consultas hechas por el señor don Ignacio Francisco de Barrutia, en el tiempo que gobernó la Nueva Vizcaya, escrito en San Felipe el Real, año de 1733*. Folio 64 (este archivo será citado en adelante con las siglas AJEC).

⁶⁶ English Martin, Cheryl, *op. cit.*, p. 101.

había sido uso y costumbre. El teniente debía practicar la diligencia, “sin hacer escándalo de armas, ni gente armada”. Al serles notificado el referido auto a los patrones mineros, éstos reaccionaron en forma desigual respecto del asunto de las pepenas: don Manuel San Juan dijo enfáticamente que su costumbre era dar el partido a los operarios “de la gruesa del montón”, y que así quería proseguir; y que el resto de los mineros “respondan lo que tuvieren que responder”. Otros colegas, en cambio, parecieron flaquear en el propósito original de sus ordenanzas ante la inesperada reacción de los operarios: Domingo de Basoco y Juan Felipe Orozco, por ejemplo, dijeron que “por ahora” se les diera a los peones el partido según la costumbre, pero que solicitaban se cumpliera lo acordado por la Junta de Minería. A su vez, Juan Joseph de Urrutia e Ignacio Alfonso de Riaza dijeron que la pepena en sus minas —una de ellas llamada San Judas Tadeo—, se daba en forma irregular y voluntariamente.

El 11 de marzo, según el corregidor Sánchez Camacho, los trabajadores, al serles notificado personalmente por el teniente Francisco Vela Martín el requerimiento en cuestión, dijeron que obedecían y explicaron que el paro de labores había sido “sólo por defender sus derechos y acciones por lo intentado y empezado a practicar en quitarles las pepenas, por ser éstas en parte alivio para mantener sus obligaciones y soportar el trabajo a que están constituidos...”. Al escuchar la promesa de reinstauración del sistema de pepenas hecha por el corregidor los trabajadores dijeron “estar prontos, pecho por tierra, a ir a su trabajo”. Se les ofreció también que el justicia atendería cualquier queja relativa al mismo asunto.

Nos falta decir que no todo en la huelga fue romería, ya que desde finales de febrero, los primeros trabajadores que se retiraron de las labores, el núcleo organizador a que nos hemos referido, habían redactado una carta que explicaba las razones del conflicto y formularon una serie de peticiones; la enviaron por conducto de Pedro Zamudio Colchón al gobernador Ignacio de Barrutia, quien tenía su sede en San José del Parral. Zamudio, que se reconocía como español y dijo más tarde ser sobresaliente de la mina de don Alonso Escudero, llegó a El Parral el 11 de marzo, presentándose de inmediato ante el gobernador y entregándole la carta que dijo haber recibido en Santa Eulalia de manos de un fulano Tamis, parista español, sobresaliente a su vez de la mina de Juan de Errantia.⁶⁷ El contenido de la misiva es fundamental para comprender la posición de los obreros ante el conflicto, así como de la percepción que tenían, en su condición de trabajadores, de las

⁶⁷ AJEC. *Varias consultas hechas por el señor don Ignacio Francisco de Barrutia...*, cit.

relaciones laborales. Está fechada el postrero de febrero de 1730⁶⁸ en Santa Eulalia, y dirigida al gobernador de la Nueva Vizcaya. En otras palabras y según la fecha del documento, se confirma que el movimiento laboral fue preparado con una semana de anticipación al día en que sucedió el “alboroto”, y que los trabajadores tuvieron la preocupación de documentar previamente las razones que los orillaban a tomar aquella medida.

En la misiva escribieron que se habían retirado todos los operarios de las minas por haberles suspendido sus patrones las pepenas que estaban pactadas inicialmente con ellos:

...siendo así que es corriente en toda la minería el permitirles a los operarios de minas, y trato lícito con permisión de los dichos nuestros amos, pues al tiempo y cuando nos acomodamos nos ajustamos en eso, por cuya razón nos ajustamos en un salario tan moderado, siendo el oficio tan riesgoso, que ponemos a peligro de nuestras vidas tan sólo por ese interés de cuatro piedras que nos tocan, para con ellas poder mantener nuestras personas y familias...

Solicitaron la intervención del gobernador para que se les devolvieran las pepenas, pues el salario del tequio sólo les alcanzaba para subsistir la mitad de una semana; argumentaron además haber servido a sus amos por muchos años. Tal parece que en ocasiones, al comenzar “a hacer mina” se les prometía que al encontrar metales se les daría pepena, “y no que así que les ponemos en las manos los tesoros a costa de nuestras vidas y salud, nos despidan con crueldad, quitándonos aquel corto percance (*sic*) que de su voluntad nos ofrecen, y luego ya es faltar a lo contratado...”⁶⁹

Se infiere que reclamaban el cumplimiento de usos y costumbres de la minería y aducían violaciones a los términos de su contratación inicial. Expusieron que un *tanatero* sacaba de pepena otro tanto de lo que entregaba al minero como tequio y que ambas porciones se entregaban a los amos sin que obtuvieran perjuicio, “sino antes mucho provecho, pues por hacer una pepena se suele descubrir un tesoro de metal o plata virgen, de que gozan los amos”. Por el riesgo y costo en su salud, alegaban ser “también de razón el gozar de los bienes que de nuestro sudor les granjeamos; y por nuestra diligencia les hacemos poderosos después de la voluntad de dios”. Finaliza-

⁶⁸ En el expediente original se consigna la fecha de “postrero de febrero de 1730”, pero debe tratarse forzosamente de un error del escribano, habida cuenta de la fecha del inicio de la suspensión de trabajos, el 7 de marzo de ese mismo año.

⁶⁹ AGI, Guadalajara 181. *Testimonio del que remitió con la consulta de primero de agosto...*, cit.

ron exponiendo al gobernador que “como hijos a nuestro padre nos quejamos y pedimos el alivio a la grandeza de vuestra señoría...”.⁷⁰

En respuesta, Barrutia partió hacia Santa Eulalia a la brevedad y con una muy exigua escolta de soldados, para desarrollar allá intensa actividad de mediación entre las partes en conflicto, no exenta de escollos y problemas.

Llegó a las inmediaciones de El Ojito el 16 de marzo, topándose previamente con 57 encomiásticos hombres desarmados, quienes no le presentaron actitud hostil ni resistencia alguna, antes bien le comunicaron que “lo querían llevar [a El Ojito] aunque fuese en brazos, para [lo] que le tenían dispuesto un jacalito a donde se pudiese alojar, y que también había agua abundante y buena, así para la gente como para las bestias”. Le informaron asimismo que los operarios estaban disgregados en diversos parajes como medida de protección, pues ya para esos días la actitud de autoridades locales y mineros se había endurecido, y “los querían coger con gente armada e indios flecheros”, y así se avisaban los unos a los otros para prevenirse.

Barrutia se enteró de que el obispo de la Nueva Vizcaya, don Benito Crespo y Monroy, les había enviado cartas conminándolos a volver al trabajo; el prelado les aseguraba el pago de las pepenas en tanto se resolvía el problema.⁷¹ Los sublevados, “deseando dar gusto a su ilustrísima, a día trece [de marzo] se fueron a El Realito, y que el día catorce subieron a las minas con ánimo de trabajar en ellas”, pero una vez de regreso a sus labores tuvieron conocimiento fundado de que las autoridades de Santa Eulalia querían aprehender a varios dirigentes de los operarios, por lo que regresaron a El Ojito, aunque dijeron no saber si algunos trabajadores estaban presos o entre la gente dispersa. En aquel paraje habían hecho un parapeto para la defensa de los 500 hombres que se habían reconcentrado allí, el cual fue construido a la manera de cercado de piedras.

Barrutia pudo percatarse “por vista de ojos”, del nivel de organización de los trabajadores para mantener su movimiento y legítimarlo ante las autoridades reales y el resto de la población. Fue informado que la carta petitoria había sido escrita a nombre de todos, y que no había un dirigente

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ English Martin, Cheryl, *op. cit.*, p. 101. Crespo, que a la sazón se encontraba de visita pastoral en Chihuahua, envió al escenario del paro a Miguel de la Sierra, cura de Santa Eulalia, quien leyó una carta en que les ofrecía garantías de no reprimir a los trabajadores y la restitución temporal de la pepena a cambio de que éstos desistieran en su movilización.

señalado del paro.⁷² Deliberaban que de no concedérseles nuevamente la pepena,

...en ningún caso querían trabajar en las minas, y que lo que estaban debiendo a sus amos, lo devengarían o satisfarían en otro ministerio o trabajo en que los quisiesen ocupar, y que asegurándoles la dicha pepena debajo de la firma de sus amos, en la misma conformidad que habían firmado la denegación, y dándoseles palabra de no hacerles daño con la demostración ejecutada, estaban prontos de volver a trabajar en dichas minas...

Mientras duró el paro de labores, los trabajadores permanecían bajo los árboles durante el día poniendo dos vigías en el peñol del paraje, y de noche 16 “para descubrir en más distancia la gente que pudiese venir a hacerles daño...”. Desde luego admitieron haberse yantado adicionalmente otras ocho vaquitas, eso sí con permiso del dueño; y a otra persona que pasaba por allí con alimentos le compraron unas fanegas de grano, pero de cualquier modo sufrían escasez.

Preguntó Barrutia a Francisco de León, un pardo sirviente del sargento mayor Ugarte, cuidador de sus mulas en aquel paraje, si los operarios le habían hecho daño, a lo que contestó que no y que tampoco a otros que por allí pasaban. Entonces el gobernador ordenó en el acto que por su cuenta se trajesen cuatro vacas más de la hacienda de Colomo, cercana al paraje, ya que tanto les gustaban, las cuales se sacrificaron y repartieron felizmente entre los 57 hambrientos operarios que estaban en El Ojito, y entre los que estaban por llegar a él.⁷³

Mediante auto fechado el sábado 19 de marzo en Santa Eulalia, Barrutia quiso finalizar la rebelión y declaró que pese a la gravedad de la sublevación de los peones, “en nombre de su majestad los perdonaba, con advertencia que de reincidir serían castigados sin admitírseles disculpa”. Agregó que antes de abandonar las minas debieron haber recurrido por escrito ante la justicia, y dispuso que a partir del 21 de ese mes, primer día de trabajo de la semana subsecuente, regresaran los trabajadores con sus amos, y que cualquier petición que tuvieran que hacer la formularan a través del sobresaliente de cada cuadrilla. Prometió que la pepena se les entregaría durante un mes en lo que llegaran a un acuerdo con los mineros, y que el gobernador

⁷² AGI, Guadalajara 181. *Testimonio del que remitió con la consulta de primero de agosto...*, *cit.*, San José de El Parral, 11 de marzo de 1730.

⁷³ *Idem.*

no se retiraría del real hasta que no regresaran a sus labores. Los trabajadores se comprometieron a obedecer.

Acto seguido, Barrutia reprendió al corregidor por haber aprobado las ordenanzas y lo responsabilizó por los altercados con los operarios,⁷⁴ hecho que de por sí exacerbó los ánimos de Sánchez Camacho al sentir invadida su jurisdicción. Poco después el gobernador convocó reunión con los mineros, en la que hubo coincidencias con algunos de ellos respecto del citado auto de 19 de marzo, relativo al restablecimiento de la pepena. Joseph de Arteaga, acatándolo, declaró que por “este medio [podría] tener operarios que le ayuden, pues de lo contrario no hallará alguno, y el trabajo será violento y forzado...”. Otros mineros se reservaron el derecho para responder por escrito al referido auto,⁷⁵ precisamente los pertenecientes al sector de patrones que mostraba renuencia a las órdenes del gobernador, y que estaba dirigido por Manuel San Juan; tal fue el caso del coronel Felipe de Orozco, quien dijo a la sazón por escrito que la pepena ocasionaba daños en las minas, y que los ingresos extras de los trabajadores también lo hacían, “por la mala aplicación que tienen de ella en varios vicios que los retraen e imposibilitan de subseguir su trabajo diariamente, o porque se trasnochan en los juegos...”. Añadió que no era partidario de entregar la pepena dentro de la mina.⁷⁶

Por su parte el ex gobernador Manuel San Juan manifestó verbalmente que acostumbraba otorgar la pepena fuera de la mina “del mismo metal que saca para sí”, que así lo continuaría y que ya contestaría por escrito en virtud de la hora tan avanzada que era y “hallarse achacoso de la cabeza”. Varios mineros más se opusieron a la pepena mediante extensos escritos presentados ante el gobernador, quien no obstante el 14 de abril dictó nuevo decreto en el que restablecía el uso general de la pepena a la manera tradicional, en el sentido en que había sido reclamado por los trabajadores en su carta petitoria, “en la forma que hubiera sido costumbre, legítimamente introducida en cada mina hasta el día en que los enunciados operarios ejecutaron su retirada del trabajo; con las advertencias de que la tal costumbre se debe entender

⁷⁴ AJEC, *Varias consultas hechas por el señor don Ignacio Francisco de Barrutia...*, Folio 64.

⁷⁵ AGI, Guadalajara 181. *Testimonio del que remitió con la consulta de primero de agosto...*, cit.

⁷⁶ Hadley, Phillip L., *op. cit.*, p. 169. Este típico argumento en contra de la práctica del partido también ha sido registrado por Hadley, pues ante la negativa de los patrones a conceder las pepenas, los vecinos de Santa Eulalia y los propios operarios siempre alegaron que los ingresos extras de las pepenas eran indispensables para el sostenimiento de sus familias, aunque otras opiniones sostenían que empleaban este excedente en alcohol y juegos de azar.

que cada operario saque su pepena de abajo de la mina, después de acabada la tarea a que está obligado, sin escoger el metal desde por la mañana, como lo han practicado algunos...”; firmaron de conformidad el decreto algunos mineros y también se notificó a los operarios.⁷⁷

Más tarde hubo peticiones a la Audiencia de Guadalajara por parte de los mineros organizados para que se expulsara a los rescatadores de Santa Eulalia, porque daban pie con su actividad al robo de mineral, insumos y herramienta por parte de los operarios. Empero, la Corona siguió tolerando la actividad de los rescatadores porque con el pago de sus impuestos del quinto —el doble que el pagado por los mineros, que sólo era el diezmo—, aumentaban la recaudación fiscal y la producción de plata.⁷⁸

El gobernador permaneció en Santa Eulalia varios meses, durante los cuales continuó con más disputas jurisdiccionales con el corregidor, a quien terminó por suspenderle en el oficio, e inició averiguaciones en relación con los mineros renuentes a someterse a sus decretos, especialmente contra Manuel de San Juan,⁷⁹ al que acusó poco después ante el virrey Marqués de Casafuerte de haber intentado sobornarlo con diez mil pesos, con tal de que se hiciera de la vista gorda en la aplicación de la ordenanza.⁸⁰

Es de remarcarse que la medida de restablecimiento de la pepena fue mal acatada por ciertos empresarios. El 30 de mayo, Barrutia dictó otro decreto en el que tachaba de absurda la aprobación y publicación de las ordenanzas por parte del corregidor Sánchez Camacho “de que se pudo originar la total ruina de esa república, a no haber acudido tan oportunamente y válidome de medios eficaces”. Finalmente, suspendió la aplicación de las ordenanzas y reservó su aprobación a la Audiencia de Guadalajara, “y se haga saber al diputado de dicha minería ocurra al tribunal que le convenga”. Adicionalmente acusó al corregidor de haber cometido dos delitos: aprobar ordenanzas sin autoridad y falsear autos.

⁷⁷ AGI, Guadalajara 181. *Testimonio del que remitió con la consulta de primero de agosto...*, cit.

⁷⁸ Hadley, Phillip L., *op. cit.*, pp. 166-168.

⁷⁹ AJEC. *Varias consultas hechas por el señor don Ignacio Francisco de Barrutia...*, folio 65. Cuenta Barrutia que “...le declaré incurso en la multa de cuatro mil pesos, impuesta en este caso por la real hacienda en provisión con que se sirvió acompañar la citada real cédula sobrecartada de vuestra excelencia, y arreglándome a su contenido para proceder a las diligencias de la exhibición de la multa, y las demás que en ella se previenen, le suspendí del uso de su empleo a dicho corregidor, y di cuenta a la real audiencia con los autos originales, por lo que es preciso contentarme con expresar a vuestra excelencia informarle con el testimonio que acompaña a ésta...”.

⁸⁰ *Ibidem*, folio 65v.

Por su parte el diputado del comercio, respaldó la posición del gobernador y se quejó de que las ordenanzas afectaban a su gremio, por lo que Barrutia ordenó el 3 de junio que cuando se reuniera el cuerpo de minería se comunicara al del comercio, siempre que el negocio a tratar competiera a ambas corporaciones. El decreto fue notificado a San Juan, responsable del cuerpo de minería.⁸¹

VII. EPÍLOGO

El regreso de los paristas a sus puestos de trabajo parecía ser consecuencia del triunfo de la huelga, pero a poco entendieron que no habían logrado gran cosa pese a las promesas del gobernador y del obispo. Muchos patronos faltaron a su palabra y se negaron a restituir las pepenas, mientras los capataces recibieron a los obreros a golpes e insultos. Sus propias familias reaccionaron contra ellos acusándolos de rajones, llamándolos “maricas mantillones”, “gallinas cobardes”, “cocineros” y “pendejos”. Cualquier autoestima de antaño y hogaño se quebranta con tanta adversidad; jurando morirse antes que claudicar, volvieron al paraje de El Ojito.⁸² Hasta ahora, no se han localizado documentos que informen sobre el desenlace de este drama laboral, mas lo cierto es que la pepena parece haber desaparecido en los años subsecuentes. Cheryl refiere un informe del cabildo de Chihuahua fechado en 1730, en el que se afirma que “los trabajadores eran golpeados, mal pagados y se les exigían mayores cuotas de extracción cada día”.⁸³

Teniendo como antecedente las relativas victorias de sus movilizaciones más fugaces, instintivas y poco organizadas de 1720 y 1727, la secuela de la gran sublevación de 1730, aunque derrotada, nos permite concluir que pese a lo remoto de los reales de minas septentrionales, sus bonanzas lograban concentrar considerable número de trabajadores especializados en la industria extractiva —quienes, hay que señalarlo, integraban contingentes de gran movilidad y diversidad racial— y que fueron capaces de responder más o menos organizadamente a las medidas jurídicas y políticas que afectaban sus intereses básicos como el ingreso.

No sobra destacar el papel mediador que en este caso asumieron las autoridades reales —como el gobernador de la Nueva Vizcaya—, en la so-

⁸¹ AGI, Guadalajara 181. *Testimonio del que remitió con la consulta de primero de agosto...*, *cit.*

⁸² English Martin, Cheryl, *op. cit.*, p. 102.

⁸³ *Ibidem*, p. 103.

lución de los conflictos de orden laboral, atendiendo tanto a la presión del movimiento de los trabajadores, como a la necesidad de mantener en operación la actividad minera en garantía de los intereses de la real hacienda. Aunque, por otro lado, en el contexto de conflictos jurisdiccionales que en esta época afectaron los desmesurados territorios de la gobernación, la actitud del gobernador Barrutia estaba muy estrechamente relacionada con su intención de influir en la vida local y tampoco son descartables las consideraciones que puedan hacerse acerca de sus propios intereses económicos y políticos.