



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

Vol. IV ▪ N° 1 ▪ 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. COMPLEMENTO POR MATERNIDAD Y PENSIONES CONTRI- BUTIVAS: LAS OLVIDADAS MADRES DEL BABY BOOM Y LAS MADRES DE HIJOS ÚNICOS http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2019.i01.01 CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO.....	1-2
SOBRE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS TRABAJADO- RES AUTÓNOMOS EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2019.i01.02 THAIS GUERRERO PADRÓN.....	3-23
HOMOLOGACIÓN DE LAS PENSIONES Y JUBILACIONES EN VENEZUELA, COMO MECANISMO DE BRECHA SALARIAL http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2019.i01.03 DRA. YDANGELY TROPIANO DR. ATILIO NOGUERA.....	24-40
PROCEDENCIA DE LAS PRESTACIONES DE MATERNIDAD EN LA GESTACIÓN SUBROGADA http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2019.i01.04 VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ	41-64
MEDIDAS LEGISLATIVAS CONTRA A DISCRIMINAÇÃO PO- RRAZÃO DE GENERO E A PROTEÇÃO À MATERNIDADE NO ÂMBITO DA REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2019.i01.05 NOEMIA C. GALDURÓZ COSSERMELLI.....	65-88
IL FUTURO DELL'EUROPA TRA POSSIBILI ARRETRAMENTI E NECESSARIA RIAPPACIFICAZIONE http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2019.i01.06 SALVATORE LORIA	89-101
FISCAL COMPACT ED ATTUAZIONE DEL PILASTRO EURO- PEO DEI DIRITTI SOCIALI IN ITALIA http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2019.i01.07 DOTT. GIUSEPPE ANCIONE	102-117



ÍNDICE

Vol. IV ▪ N° 1 ▪ 2019

LA FORMACIÓN PROFESIONAL Y EL MERCADO DE TRABAJO EN SICILIA

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2019.i01.08>

TERESA TREVISIO 118-128

RECENSIÓN.

SISTEMA ESPAÑOL DE PENSIONES: REVISIÓN CRÍTICA DE LOS ELEMENTOS COMUNES AL CÁLCULO DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS (NORMAS SOBRE TOPE MÁXIMO DE PENSIONES, CUANTÍAS MÍNIMAS Y REVALORIZACIÓN DE PENSIONES)

<http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2019.i01.09>

EDURNE LÓPEZ RUBIA 129-131



TRIBUNA

COMPLEMENTO POR MATERNIDAD Y PENSIONES CONTRIBUTIVAS: LAS OLVIDADAS MADRES DEL BABY BOOM Y LAS MADRES DE HIJOS ÚNICOS

COMPLEMENT FOR MATERNITY AND CONTRIBUTIVE PENSIONS: THE FORGOTTEN MOTHERS OF THE BABY BOOM AND THE MOTHERS OF UNIQUE CHILDREN

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad

Universidad de Sevilla

csrodas@us.es

ORCID: <http://www.orcid.org/0000-0001-9780-7860>

De conformidad con el artículo 60 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social se reconocerá un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente.

El complemento consistirá en un importe equivalente al resultado de aplicar a la cuantía inicial de las referidas pensiones un porcentaje determinado, que estará en función del número de hijos, a partir del segundo, según la escala siguiente:

En el caso de 2 hijos: 5 por ciento.

En el caso de 3 hijos: 10 por ciento.

En el caso de 4 o más hijos: 15 por ciento.

Legalmente dicho complemento se califica de contributivo, aunque ni empresarios ni trabajadores cotizan por el mismo.

Pueden ser beneficiarias tanto las madres de hijos biológicos como adoptados y se aplica en todos los supuestos de pensiones de jubilación contributiva (excepto jubilación anticipada por voluntad de la interesada y jubilación parcial), viudedad e incapacidad permanente. Pero sólo cuando el hecho causante sea posterior al uno de enero de 2016.

Su finalidad es el reconocimiento “de la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social” y no se reconoce sólo a las madres trabajadoras sino también a quienes no habiendo incluso nunca cotizado sean beneficiarias de una pensión de viudedad.

Resulta muy criticable que este complemento sólo se aplique a las pensiones que se reconozcan a partir del 1 de enero 2016 porque con ello se está excluyendo a todas las madres que en las últimas décadas del S.XX sacrificaron su vida laboral por criar a sus hijos y que ahora se encuentran con que el importe de sus pensiones contributivas es sensiblemente inferior a la masculina de promedio.

Sin olvidar que tres cuartas partes de los beneficiarios de pensiones no contributivas son mujeres, precisamente porque en la mayoría de los casos antepusieron sus hijos a sus carreras profesionales en una época en que la legislación no preveía mecanismos de conciliación de la vida laboral y familiar como actualmente lo hace.

Por tanto, la brecha de pensiones seguirá existiendo para millones de mujeres que han accedido a la condición de pensionistas antes del 2016.

Resulta asimismo incomprensible que las madres de hijos únicos (incluso afectados de una discapacidad) queden excluidas del ámbito de aplicación personal del citado artículo 60 TRLGSS. Y ello a pesar de que también hayan contribuido demográficamente a la Seguridad Social en la medida de sus posibilidades físicas y económicas: no hay que olvidar que las prestaciones familiares de contenido económico en España prácticamente quedan vedadas -por estar sometidas a pruebas de ingresos- a aquellas mujeres que desempeñen una actividad laboral. Es decir, que muchísimas mujeres madres de hijos únicos no sólo no cobrarán prestaciones familiares económicas sino que tampoco verán incrementada su futura pensión, a pesar de haber contribuido demográficamente a luchar contra el envejecimiento de la población española.

En otras palabras, a efectos del complemento de maternidad quien no ha tenido o adoptado a ningún hijo/a y quien, en cambio, ha dado a luz o adoptado a un hijo/a reciben exactamente el mismo trato a efectos de negarles el complemento de la pensión regulado en el artículo 60 TRLGSS. Semejante solución legal resulta a todas luces incongruente con la finalidad atribuida al complemento de maternidad.

Por si fuera poco, este complemento de la pensión contributiva se reconoce -por aplicación del principio de igualdad de trato reconocido en el Reglamento 883/2004 y otros instrumentos internacionales como el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social- también a las trabajadoras extranjeras incluso aunque sus hijos no ostenten la nacionalidad española o ni tan siquiera residan en España.

En una época en la que continuamente los partidos políticos y los medios de comunicación cuestionan la viabilidad económica del sistema público de Seguridad Social resulta criticable que se incremente la pensión de jubilación a quienes no han contribuido a aumentar demográficamente la población española sino la de otros países, mientras que a muchas madres de españoles se les excluye del complemento de maternidad, bien porque causaron pensión antes del 2016 o porque han dado a luz o adoptado a un único descendiente.

De *lege ferenda* si se regulara el complemento de maternidad como deducción fiscal para las pensionistas, en vez de como prestación de Seguridad Social, sería factible reconocerlo sólo a quienes estuvieran obligadas a tributar en España y contribuyeran con sus impuestos al mantenimiento del sistema público de Seguridad Social.



Recibido: 26.03.2019. Aceptado: 22.04.2019

SOBRE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO

ABOUT THE RETIREMENT PENSION OF SELF-EMPLOYED WORKERS IN EUROPEAN COMPARATIVE LAW

THAIS GUERRERO PADRÓN

Prof. Contratada Dra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Cádiz

thais.guerrero@uca.es

ORCID: <http://www.orcid.org/0000-0002-4814-6266>

RESUMEN

¿Resulta adecuada la pensión de jubilación de los trabajadores autónomos como renta de sustitución, evitando el riesgo de pobreza y permitiendo llevar un nivel de vida digno en la vejez? Los países miembros se formulan este interrogante, al constatar que los autónomos perciben por término medio una pensión de jubilación inferior a la de los trabajadores por cuenta ajena, e igualmente que es significativa la proporción en la UE de autónomos que no generan el derecho a la pensión de jubilación. Esta situación afecta en particular a los nuevos autónomos, con trayectorias profesionales irregulares e ingresos bajos y/o fluctuantes sobre los que cotizar. Las reglas de seguridad social de cada país y la forma de organizar su sistema de pensiones, influirán en la cuantía que finalmente obtenga el pensionista autónomo, debiendo destacarse los esfuerzos que en este ámbito realizan los Estados miembros para implementar la protección social de los autónomos.

PALABRAS CLAVE: Trabajador autónomo, seguridad social, pensión de jubilación, pensión adecuada

ABSTRACT

Is the old-age pension for the self-employed adequate as a replacement income, avoiding the risk of poverty and allowing a decent standard of living in old age? The Member States ask themselves this question, noting that self-employed workers receive on average a lower retirement pension than employed workers, and also that there is a significant proportion of self-employed workers in the EU who do not generate the right to a old-age pension. In particular, this situation affects the new self-employed with irregular career paths, and low and/or fluctuating incomes, which are used for contributing. The social security rules of each country and the way in which its pension system is organised, will have an influence on the amount finally obtained by the self-employed pensioner. The efforts made in this area by the Member States to improve social protection for self-employed workers should be highlighted.

KEYWORDS: Self-employed worker, social security, old-age pensión, adequate pensión

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. IDENTIFICACIÓN DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO HOY EN LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

III. EL REFLEJO DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS EN LA ESFERA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

IV. ASPECTOS COTIZATORIOS

V. LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

A. LA DIMENSIÓN PÚBLICA DEL SISTEMA DE PENSIONES

1. PENSIÓN DE JUBILACIÓN PÚBLICA UNIVERSAL

2. PENSIÓN DE JUBILACIÓN PÚBLICA CONTRIBUTIVA

B. LA PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA

VI. CUESTIÓN FINAL: LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL AUTÓNOMO, ¿RESULTA ADECUADA?

VII. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Las pensiones constituyen una parte esencial en la seguridad social como renta de sustitución salarial o de ingresos profesionales, llegado el caso, de forma transitoria o permanente. En el análisis de las pensiones de los trabajadores autónomos no sólo resultan determinantes las características del esquema prestacional que cada país miembro diseñe para proteger los riesgos de vejez, invalidez y muerte del trabajador autónomo, sino más aún la financiación de las respectivas prestaciones, particularmente a través de las cotizaciones efectuadas por el individuo conforme a las pautas legales en cada caso establecidas para los trabajadores en régimen de autonomía, coincidentes o no con las reglas operativas para los trabajadores por cuenta ajena.

Es posible que en sistemas públicos con una protección indiferenciada en el ámbito de las pensiones contributivas para trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena (por ejemplo, Finlandia), el autónomo perciba una pensión de jubilación de cuantía inferior a la que tendrá derecho el trabajador por cuenta ajena que se jubila a la misma edad que aquel y habiendo cumplido el mismo período de carencia. La explicación de la diferencia cuantitativa debe atribuirse en gran medida a las reglas de cotización. En países como Bélgica, donde los autónomos cotizan menos que los asalariados y sus empleadores conjuntamente, se debate acerca de la conveniencia de llevar a cabo un incremento de las cotizaciones sociales de los autónomos (actualmente la cotización de este colectivo es regresiva y decrece a medida que los ingresos aumentan) como medida para implementar su acción protectora.

En el análisis del tema relativo a las pensiones de los trabajadores autónomos en el derecho comparado europeo, más concretamente en el ámbito de la UE, resultará necesario detenerse en los siguientes aspectos: identificación del trabajador autónomo actualmente en la UE, sus ingresos, la seguridad social de los autónomos y especialmente su financiación, y las pensiones de jubilación de los trabajadores autónomos.

La seguridad social es una parcela propia y distintiva de cada Estado miembro en cuya configuración intervienen elementos políticos, económicos, sociales y culturales que responden en su conjunto a una tradición, valores y devenir histórico singular. Pretender llevar a cabo un tratamiento unívoco de los autónomos en el plano de la seguridad social a nivel comunitario puede resultar artificioso si antes no se advierte esa evidente diversidad, así como la heterogeneidad del propio colectivo que tomamos en consideración.

No obstante, estas observaciones, es posible advertir algunos rasgos en cierta medida comunes a determinados Estados miembros con respecto a la seguridad social de los trabajadores autónomos que pueden servirnos al objeto de realizar ciertas reflexiones sobre la protección de este colectivo en el plano de la seguridad social.

II. IDENTIFICACIÓN DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO HOY EN LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

Un rasgo distintivo del trabajo autónomo de nuestros días, al menos en los países miembros de la Unión Europea, consiste en la diversificación de la figura del trabajador autónomo hacia fórmulas novedosas, acordes con ciertos comportamientos y estrategias actuales del mercado de trabajo.

En muy poco tiempo el mundo del trabajo ha ido experimentando cambios sustanciales como consecuencia de la existencia de un mercado laboral globalizado y altamente competitivo en el que se da impulso a la innovación, generalizándose el uso de las nuevas

tecnologías en todas las fases del proceso productivo¹. La crisis económica y financiera de 2008 ha influido en este panorama provocando una destrucción de empleo -con diferente intensidad y efectos según el país- al tiempo que dinamizando estrategias de reestructuración empresarial y de externalización de determinadas fases del proceso productivo, con directa repercusión restrictiva sobre una parte considerable de la mano de obra asalariada.

En este contexto no es de extrañar que aparezcan nuevos profesionales que por su forma de participar en el mercado laboral serán catalogados como trabajadores autónomos. Se trata de trabajadores ocupados en actividades cualificadas no reguladas y diferentes de las liberales pero con similitud funcional, como los trabajadores independientes o *freelancers* de los medios de comunicación, la prensa y la industria cinematográfica, o los *crowdworkers* que utilizan plataformas *online* para proveer a un grupo indeterminado de particulares y empresas de productos y servicios específicos². Asimismo, los asalariados que han perdido su puesto de trabajo a consecuencia de la grave recesión y los nuevos demandantes de empleo que no han logrado acceder al mercado laboral a causa de una insuficiente oferta laboral, encuentran en el trabajo autónomo una solución a la inactividad impuesta por tan precarias circunstancias. No es de extrañar que desde los poderes públicos se fomente, especialmente entre los jóvenes, el emprendimiento y el autoempleo como alternativas al desempleo frecuentemente asociadas a la innovación, al tiempo que se va generalizando en la mayor parte de los países de la UE el perfil de trabajador que realiza una actividad profesional en régimen de dependencia económica respecto de un cliente. En suma, podría deducirse que, excluidos los trabajadores autónomos clásicos (de la agricultura y pesca, del comercio, los profesionales liberales...), hoy se llega a esta situación rechazados del mercado laboral ordinario.

En un enfoque global, consideramos que los trabajadores autónomos están profundamente influidos por el desarrollo económico del país de asentamiento y el nivel de protección social que el mismo les presta. Ambos factores pueden dimensionar la figura del trabajador autónomo en la esfera fiscal y de seguridad social. De hecho, la proporción de autónomos en el mercado laboral guarda relación con el ciclo económico, descendiendo en épocas de bonanza y aumentando en etapas de crisis.

Desde principios del siglo actual, la proporción de trabajadores autónomos en relación con el total de la población ocupada en la Unión Europea permanece invariable en torno al 14-15%, lo que equivale a 32 millones de personas, variando en su composición según el tipo de autónomo, sector productivo y país. En su diversificada variedad, los autónomos están presentes en mayor o menor medida en todos los Estados miembros.

¹ En palabras de Gómez-Cano Alfaro, M., Bestatén Belloví, M. y Gavilanes Pérez, C., “El internet de las cosas, la impresión 3D, el Big Data, la Inteligencia Artificial, la Robótica colaborativa y la Realidad virtual y aumentada son las tecnologías fundamentales sobre las que pivotará el desarrollo del nuevo modelo industrial. Este nuevo escenario al que se enfrentan las empresas para su proceso de “digitalización” provocará cambios constantes en las condiciones de trabajo a las que se verán expuestos los trabajadores”. En “Revolución 4.0: el futuro está presente”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Seguridad y Salud en el Trabajo, núm. 94, marzo 2018, p. 6.

² El objetivo del crowd work o trabajo en plataformas consiste en organizar la externalización de tareas a un gran número de trabajadores online, resultando crucial el uso de la tecnología para contactar al cliente con el trabajador. Vid al respecto Mandl, I., Curtarelli, M., Riso, S., Vargas Llave, O., Gerogiannis, E., *New forms of employment*, EUROFOUND, Luxembourg, 2015, pp. 107 y ss.

En un intento de ofrecer una somera panorámica real de la distribución de los mismos en la Unión Europea³ podríamos diferenciar tres grandes grupos. El primero, compuesto de un lado por los autónomos-empleadores, grupo financieramente seguro, incluso en caso de enfermedad, sobrerrepresentado en países como Dinamarca y habitual en el sector de los servicios financieros, salud, construcción, industria y los sectores comerciales. De otro lado, los trabajadores por cuenta propia clásicos, contando con la posible ayuda de familiares colaboradores, tienen fuerte presencia en Holanda y en los países nórdicos, al contrario que en los países bálticos, Croacia, Grecia, Rumanía y Polonia, abundando en el sector servicios y el sector público. Ambos grupos representan la mitad del colectivo de autónomos de la UE (16 millones). En el análisis que realizamos, este grupo no ofrece en principio especiales problemas desde el punto de vista de su protección social por cuanto, en términos generales, los miembros que lo componen tienen solvencia económica e independencia.

El segundo grupo lo constituyen los trabajadores autónomos que llegan a esta condición como salida al desempleo, caracterizados a priori por la precariedad (más de la mitad sin cobertura social en caso de enfermedad), carecer de sede física o centro de trabajo o establecimiento propio, la obtención de bajos ingresos y/o irregulares, alta dependencia económica, inseguridad laboral y condiciones de trabajo desfavorables. Los trabajadores económicamente dependientes constituyen el grueso de este grupo, ocupado mayoritariamente en negocios o actividades con baja sostenibilidad económica. Aunque existen en todos los Estados miembros, en una apreciación pormenorizada se advierte que son muy comunes en los países bálticos, Rumanía y otros Estados miembros del este, en tanto que relativamente infrecuentes en Bélgica, Holanda, Irlanda, Reino Unido y los países nórdicos. En una posición más vulnerable aún quedan aquellos autónomos que trabajan bajo las mismas condiciones que un asalariado, pero sin serlo, en sectores como la industria, la construcción, el transporte y la educación. Se trata en general de varones menores de 35 años, encontrándose la tasa más elevada en el Reino Unido, seguido de los países bálticos, Alemania, Polonia y Eslovaquia. Este tipo apenas se da en Holanda y en los países nórdicos.

En una posición intermedia quedaría el tercer grupo, integrado por pequeños comerciantes, restauradores y autónomos agrarios entre otros, económicamente independientes en general, aunque con inseguridad financiera o irregular en caso de enfermedad, siendo frecuentes en países como España, Francia, Grecia, Irlanda y Eslovenia.

Sin descartar absolutamente de este análisis a los autónomos genuinos, debe destacarse la preocupante situación de aquellos otros de nueva aparición presentes mayormente en el segundo grupo según la clasificación propuesta, básicamente por dos razones: De un lado, por ser mayor el riesgo de pobreza y de exclusión social que amenaza a estos trabajadores, considerando su estabilidad y sostenibilidad económicas, los medios y recursos de que disponen para desplegar su actividad, su escasa o dudosa formación para realizar múltiples actividades, situación que deriva hacia lo que podríamos denominar el autónomo “multiservicios”, sus ingresos, control y registros públicos. De otro lado, por su inferior protección social en comparación con los trabajadores asalariados, grave si se repara en sus aportaciones contributivas, lo que nos lleva a analizar la situación de los trabajadores autónomos ante la seguridad social, distinguiendo según los países y su nivel económico o índice de protección social, su ubicación en una seguridad social pública

³ Sirva de referencia a estos efectos la clasificación llevada a cabo por Vermeylen, G. y otros, *Exploring self-employment in Europe*, EUROFOUND, Luxembourg, 2017, pp. 18 y ss.

sujeta a unos ingresos mínimos o bien, desde el propio Estado, manteniendo una seguridad social igualmente pública pero voluntaria en su adscripción cuando no se alcanzase un nivel de ingresos mínimo.

III. EL REFLEJO DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS EN LA ESFERA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La posición que ocupa el trabajador autónomo en la seguridad social va a estar influida por variables generales y objetivas como el grado de desarrollo económico del país, la situación de su mercado laboral y el nivel de protección social alcanzado, a la vez que por elementos de carácter subjetivo como su formación profesional, la forma de participar del propio autónomo en ese mercado de trabajo y, especialmente, el nivel de ingresos profesionales obtenido y la forma en que computan a efectos de seguridad social y se gravan fiscalmente. En términos generales, la mayor parte de los sistemas nacionales de seguridad social de los Estados miembros protege a los trabajadores autónomos, aunque no de la misma manera ni con la misma intensidad.

Salvando las peculiaridades de cada sistema nacional, originariamente la seguridad social se cimentó sobre el perfil de un trabajador asalariado, a tiempo completo, con contrato indefinido, varón y “cabeza de familia”, ampliándose progresivamente a otros tipos de trabajadores y modos de trabajar a medida que evolucionaban las formas de producir, el mercado laboral y la propia sociedad. La generalizada presencia femenina en el mercado laboral, la flexibilidad interna y externa en el sistema productivo, las nuevas formas atípicas o irregulares de trabajo por cuenta ajena, el trabajo en régimen de autonomía en sus variadas manifestaciones y las nuevas estructuras familiares, diferentes de la familia clásica o tradicional, poco a poco irán encontrando oportuno acomodo y reflejo en la seguridad social a través de sucesivas normas modificadoras y adaptadoras del campo de aplicación y del ámbito material a estas realidades novedosas que van imponiéndose y que no son más que manifestación de la propia evolución social.

En el análisis que realizamos nos centraremos predominantemente en el estudio de los sistemas de seguridad social “contributivos” que por ofrecer una protección vinculada a la condición profesional del sujeto, pueden establecer reglas o regímenes distintos para trabajadores autónomos y trabajadores por cuenta ajena. Esta situación es impensable en modelos de protección social universales que, bajo el criterio de la residencia y de acuerdo con las posibilidades financieras del Estado, brindan a los ciudadanos variadas coberturas, sujetas o no a pruebas de ingresos. En éstos, la condición laboral o profesional del individuo resulta, por regla general, irrelevante.

La situación de los trabajadores autónomos en la seguridad social se tiende a evaluar o medir en comparación o por contraste con la protección de los trabajadores por cuenta ajena. Es posible advertir cómo, en general y en un intento homogeneizador, la dinámica de las reglas diseñadas para los trabajadores asalariados se aplica igualmente al trabajo autónomo sin tener absolutamente en cuenta las peculiaridades del trabajo en régimen de autonomía para implementar una protección social ad hoc. Esto genera perjuicios para algunas categorías de trabajadores autónomos, provocando en ocasiones situaciones alarmantes por el evidente riesgo de pobreza y exclusión social que comportan.

De este modo, autónomos con una trayectoria profesional irregular y/o percibiendo ingresos bajos o fluctuantes sobre los que cotizar, están expuestos en el peor de los casos a quedar excluidos del ámbito protector de ciertos sistemas nacionales de seguridad social. Así sucede cuando no alcanzan determinado umbral de ingresos, permitiendo no

obstante al trabajador autónomo en algunos casos optar por la inclusión voluntaria en el sistema (Rumanía).

En ocasiones, los autónomos disfrutan de menor número de coberturas que los trabajadores por cuenta ajena. Normalmente las prestaciones excluidas o que más tardíamente se han incorporado a la acción protectora de los autónomos son la protección por contingencias profesionales y el desempleo (cese de actividad).

Otras veces, ciertas prestaciones son de carácter voluntario. En Alemania, con una seguridad social basada en cinco ramas –salud, pensiones, dependencia, accidentes y desempleo– que cubre obligatoriamente a los trabajadores asalariados a excepción de puntuales excepciones (como los trabajadores marginales), el sistema excluye a los autónomos de la prestación por desempleo y de la protección frente a las contingencias profesionales; otras coberturas del sistema público, como la salud, tienen carácter voluntario para ciertas categorías de autónomos, en un sistema en el que haber suscrito un seguro de salud, público o privado, resulta obligatorio para todos los residentes en este país⁴.

Incluso en los casos que se reconoce a ambos nominalmente la misma prestación, los requisitos de acceso o de disfrute de la misma pueden variar, habitualmente en detrimento del autónomo, advirtiéndose diferencias significativas en las prestaciones incluidas en el cuadro prestacional de los autónomos con respecto a la cobertura de los trabajadores asalariados. Un caso típico es la prestación económica por enfermedad. En Eslovaquia el seguro de enfermedad engloba prestaciones económicas por enfermedad, embarazo, maternidad y paternidad. La afiliación a este seguro es obligatoria para los asalariados que trabajan en territorio nacional, en tanto que se exige a los autónomos haber superado determinado umbral de ingresos procedentes de su actividad profesional y cubrir un período previo de carencia (270 días en los dos años anteriores a la incapacidad temporal), devengándolo desde el primer día de la incapacidad temporal laboral; para los trabajadores por cuenta ajena, el derecho nace a partir del undécimo día de baja, si bien los diez primeros días tienen derecho a percibir unas “primas de mantenimiento de los ingresos” a cargo del empresario⁵. En la República Checa, el seguro de enfermedad es una cobertura voluntaria para los autónomos; en caso de suscribirlo, deben cumplir un período de carencia de tres meses previos al inicio de la incapacidad para acceder a la cobertura económica, en cuyo caso comienza la protección a los catorce días. Contrariamente, no rige carencia para los asalariados, que perciben la prestación económica a partir del tercer día⁶.

Finalmente, en algunos países miembros la protección de seguridad social de los trabajadores autónomos y asalariados es formalmente idéntica, pero aquellos perciben prestaciones de inferior cuantía. Un ejemplo es Finlandia, que destacando por tener uno de los sistemas de seguridad social más universales e inclusivos, sin embargo es reconocido que los autónomos devengan, en general, prestaciones más bajas en

⁴ Bäcker, G., *ESPN Thematic report on Access to social protection of people working as self-employed or non-standard contracts, Germany 2017*, European Social Policy Network, p. 4 y ss.

⁵ European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, *Your Social Security Rights in Slovakia*, 2018, pág. 14.

⁶ Sirovátka, T., Jahoda, R. and I. Malý, I., *ESPN Thematic report on Access to social protection of people working as self-employed or non-standard contracts, Czech Republic 2017*, European Social Policy Network, p. 10.

comparación con las que generan los asalariados⁷. En sentido parecido España, donde la diferencia de la pensión de jubilación entre trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia fue cuantificada en 498 euros al mes por el Ministerio de Empleo en mayo de 2017, como consecuencia de una cotización por la base mínima.

IV. ASPECTOS COTIZATORIOS

El nivel de ingresos, los costes de seguridad social y la fiscalidad que soporta el trabajador autónomo influyen o condicionan su forma de cotizar, repercutiendo a su vez ésta en la cuantía de las prestaciones. Sentado que no existe en la UE un modelo cotizatorio común o único de referencia para todos los países miembros, los sistemas nacionales de seguridad social suelen ofrecer a los trabajadores autónomos la facultad de elegir la base y/o el tipo de cotización entre varias opciones, o acogerse a determinadas coberturas, discrecionalidad que por regla general conduce a optar por el nivel más bajo de protección, aun en detrimento de una pensión de jubilación segura⁸.

En el análisis que llevamos a cabo quedan al margen aquellos autónomos que ostentan una sólida posición económica, en la presunción o convicción de que eligen unas bases de cotización que les garantizarán una cobertura adecuada, dentro de los márgenes legales dispuestos para los trabajadores autónomos. Objeto de nuestro análisis son, en cambio, aquellos otros autónomos que por su forma de trabajar perciben bajos ingresos y/o irregulares, o los que registran fluctuaciones en sus ganancias viéndose perjudicados durante los períodos en que sus ingresos caen por debajo de la cuantía estimada, si la forma de cotizar requiere satisfacer la cuota con regularidad, siendo probable que elijan la base mínima de cotización o el nivel más bajo permitido, con lo que en caso de cumplir la carencia requerida, percibirán correlativamente prestaciones de baja cuantía.

En estos casos, no es de extrañar que la normativa prevea la exención del pago de cuotas para aquellos autónomos con alta inseguridad en el percibo de ingresos (Bélgica), o que queden eximidos de cotizar al régimen de pensiones cuando su nivel de ingresos no alcanza determinado umbral o se permita la cotización voluntaria en estos casos, lo que augura una grave desprotección social.

Tal vez Rumanía constituya un ejemplo extremo. Alcanzando los trabajadores autónomos el 17% de la población ocupada, sin embargo, sólo el 10% llega a disfrutar de la pensión de jubilación contributiva, derivando en consecuencia mayoritariamente este colectivo hacia una protección de carácter asistencial. El seguro de pensiones en este país es obligatorio para los que superan el umbral mínimo asegurable (equivalente aproximadamente al 35% del salario medio bruto mensual a nivel nacional), en cuyo caso cotizan el 10,5%, con opción de asumir el tipo completo (15,8%). Para los autónomos con ingresos inferiores a aquel tope mínimo asegurable que, sin embargo, han optado por acogerse a la protección, deben cotizar sobre esa cuantía, lo que sitúa a quienes obtienen bajos ingresos en una posición de desventaja en comparación con los asalariados a tiempo parcial, que únicamente cotizan en función de sus ingresos reales. En realidad, muy pocos autónomos, aun alcanzando el límite mínimo fijado, cotizan a la seguridad social debido a los elevados tipos de cotización y a las reglas de cálculo de la base de evaluación de

⁷ Kallomaa-Pua, L. y Kangas, O., *ESPN Thematic report on Access to social protection of people working as self-employed or non-standard contracts, Finland 2017*, European Social Policy Network, p. 4 y ss.

⁸ En este sentido, European Commission and Social Protection Committee, *The 2018 Pension Adequacy Report: current and future income adequacy in old age in the EU*, Vol. I, 2018, Luxembourg, pag. 61.

ingresos. De hecho, la cuota que pagaría el autónomo por el seguro de pensiones (70 €/mes) supone un importante esfuerzo considerando el contexto de la economía del país⁹.

En otros países como Finlandia¹⁰, los autónomos que inician su actividad laboral deben suscribir un seguro de pensiones obligatorio, con primas deducibles fiscalmente, para quedar cubiertos por el sistema de seguridad social. Este seguro, no reemplazable por uno voluntario, está condicionado a que el ingreso anual estimado que va a obtener por su actividad autónoma (“ingreso confirmado”) sea superior a determinado umbral¹¹. Si el autónomo declarase unos ingresos inferiores aún más elevados que esa cuantía de referencia, es evidente que redundará en la cuantía de sus prestaciones, dado que el “ingreso confirmado” actúa como base de cotización de la pensión, sirviendo igualmente para calcular la cuantía de las prestaciones en caso de incapacidad, desempleo, muerte y supervivencia, así como los subsidios abonados por el Instituto de la Seguridad Social (*Kela*) en caso de enfermedad, maternidad y paternidad, entre otros.

En una posición muy diferente, situamos a Eslovaquia, donde se debate si la cotización que abonan los autónomos al seguro de pensiones es adecuada o, por el contrario, muy elevada en comparación con la que satisfacen los trabajadores por cuenta ajena.

La cuantía que sirve de base para el cálculo de la cuota puede guardar conexión directa o indirecta con los ingresos que percibe el autónomo como resultado de su actividad profesional, fiscalizados o no vía impositiva, o consistir en una cuantía a tanto alzado determinada reglamentariamente, incluso cabe la posibilidad de elegir una base de cotización entre unos topes mínimo y/o máximo.

Sea como fuere, la utilización de la base correcta para el cálculo de la cuota, ajustada en la medida de lo posible a los ingresos netos obtenidos por el autónomo, tendrá influencia directa en el grado de protección: si la base es muy baja, asimismo lo será el nivel de las prestaciones a que acceda el autónomo; en tanto que si la base de referencia es muy elevada, la cuota resultante será muy costosa para el autónomo aunque contribuirá a mejorar el importe de las prestaciones.

En este sentido, el sistema belga resulta ejemplar, tomando como referencia la declaración de la renta efectuada por el autónomo y calculando las cotizaciones sobre sus ingresos netos anuales. A estos efectos, el cálculo se escinde en dos fases: en una primera *provisional*, la Caja de seguros sociales determina la cuota a partir de la declaración de la renta del autónomo de hace tres años y le propone un importe de cuota a satisfacer en el trimestre correspondiente. Esta cantidad se regularizará en la segunda fase (*definitiva*), una vez que la Caja proponga al autónomo regularizar las cuotas ingresadas a cuenta tras haber sido informada debidamente por la Administración fiscal de la liquidación definitiva de renta del autónomo¹².

⁹ Spasova, S. et alri, *Access to social protection for people working on non-standard contracts and as self-employed in Europe. A study of national policies 2017*, ESPN, European Commission, 2017, p. 57. Pop, L. y Urse, D., *ESPN Thematic report on Access to social protection of people working as self-employed or non-standard contracts, Finland 2017*, cit., p. 11.

¹⁰ Ley 468/1969 de Pensiones para los trabajadores por cuenta propia (YEL).

¹¹ Para 2018 el umbral se ha fijado en 7.656,26 euros; si obtiene ingresos inferiores, el autónomo puede concertar un seguro voluntario. Requisitos adicionales para suscribir el seguro obligatorio de pensiones consisten en tener una edad comprendida entre los 18 y 67 años, trabajar en el propio negocio y haber trabajado como autónomo al menos durante cuatro meses ininterrumpidos desde que cumplió 18 años.

¹² Guerrero Padrón, T. “Régimen comparativo del sistema cotizador de los trabajadores autónomos españoles y belgas”, *Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos*

En la determinación de la cuota y en el subsiguiente importe de las prestaciones puede ejercer alguna influencia la deducción de los gastos profesionales del autónomo, según sea el tipo de gastos a considerar y el modo que opera la deducción. En la República Checa la cuantía de la pensión del autónomo es inferior en un 38% a la de los trabajadores por cuenta ajena, lo que se atribuye a la baja prima que paga al seguro de pensiones. El cálculo de la prima deriva de su base de cotización, que constituye el 50% de los ingresos medios mensuales que percibe por la actividad que realiza, una vez que se han deducido los gastos. Los gastos pueden ser los que efectivamente ha soportado el autónomo, o bien tratarse de un porcentaje fijo sobre sus ingresos que varía entre el 30 y 80% según el tipo de actividad que realiza. Esta segunda fórmula es la mayormente utilizada entre los autónomos y conlleva pagar cuotas más bajas que en el caso de la primera, incidiendo negativamente en los fondos de la seguridad social. La mayoría de los autónomos elige pagar la prima reglamentaria más baja posible, lo que evidentemente repercute en el nivel de protección que alcanzará, no obstante la garantía de una pensión mínima incluso para los que han contribuido al sistema a lo largo de su carrera profesional al mínimo nivel permitido¹³.

En la mayoría de los países de la UE, el porcentaje aplicable a la base de cotización se aproxima o coincide con el previsto conjuntamente para los trabajadores por cuenta ajena y los empleadores. En Alemania, por ejemplo, los autónomos efectivamente incluidos en el seguro de pensiones público¹⁴ soportan el tipo de cotización completo, aplicándose sobre una cuantía mensual ordinaria (cuyo importe es más elevado en la parte occidental del país que en la oriental) fijada al margen de sus ingresos profesionales. Como peculiaridad, durante los tres primeros años trabajando por cuenta propia, la cotización experimenta una reducción del 50%; asimismo, los autónomos que demuestren fluctuación de ingresos, pueden abonar una cuota de cuantía inferior o superior a la ordinaria. Para determinados colectivos como los artistas y publicistas independientes sujetos al seguro obligatorio de pensiones bajo su normativa específica¹⁵, la obligación de cotizar se condiciona a la obtención de un límite mínimo de ingresos anual (3.900€) que sin embargo no es exigible a los nuevos miembros, pudiendo la Caja que gestiona este seguro decidir quién cotiza y en qué porcentaje¹⁶.

Otros países establecen un porcentaje de cotización más reducido para los trabajadores autónomos. Así ocurre en Bélgica, donde no existe un límite máximo de cotización para los trabajadores asalariados, en tanto que para los autónomos la renta profesional evaluada está topada en una cuantía máxima a partir de la cual el tipo de cotización es cero; por debajo de esa cantidad, el porcentaje aplicable es decreciente¹⁷.

y becarios, XXVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Córdoba, junio 2016, AEDTSS, Cinca, 2016 (Comunicación en CD adjunto).

¹³ Spasova, S. et altri, *Access to social protection for people working on non-standard contracts and as self-employed in Europe*, cit., p. 58. Sirovátka, T., Jahoda, R. and I. Malý, I., *ESPN Thematic report on Access to social protection of people working as self-employed or non-standard contracts, Czech Republic 2017*, cit., p. 17.

¹⁴ Es característico del sistema público de pensiones alemán proteger obligatoriamente a todos los trabajadores asalariados (excepto aquellos con un empleo u ocupación marginal) y a algunas categorías de trabajadores autónomos, pudiendo el resto optar de forma voluntaria a esta cobertura.

¹⁵ Ley de seguridad social de artistas y publicistas independientes (KSVG) de 20 de diciembre de 1988.

¹⁶ Bäcker, G., *ESPN Thematic report on Access to social protection of people working as self-employed or non-standard contracts, Germany 2017*, cit., pp.12-13.

¹⁷ De Wispeleare F. and Pacolet, J., *ESPN Thematic report on Access to social protection of people working as self-employed or non-standard contracts, Belgium 2017*, European Social Policy Network, pp. 7 y ss.

Como peculiaridad en este ámbito, en Rumanía el trabajador autónomo económicamente dependiente que supera determinado nivel de ingresos queda obligatoriamente incluido en el seguro de pensiones, en cuyo caso, el *único cliente* para el que trabaja comparte con él la obligación de cotizar, asumiendo la parte correspondiente al empleador.

Con todo, la incertidumbre de reunir la totalidad del período de carencia establecido para percibir una pensión de jubilación llegado el caso, es una preocupación adicional que pesa sobre los trabajadores autónomos con vidas laborales inciertas e ingresos bajos, irregulares o fluctuantes; no ayuda, en este sentido, la regla aplicable a los trabajadores autónomos en España por la que para fijar la cuantía de la pensión se computarán exclusivamente los años de efectiva cotización del beneficiario sin permitir –a diferencia de lo regulado para los trabajadores por cuenta ajena del régimen general- la integración de las lagunas cotizatorias existentes en el cálculo de su base reguladora¹⁸. No es de extrañar que en estos casos pueda haber cierta desmotivación en el cumplimiento de la obligación de cotización a la seguridad social, incluso comportamientos tendentes a cotizar por debajo de lo debido o a evitar el pago de las cuotas, o lo que es igualmente grave, prácticas de evasión de impuestos, lo que en suma no hace más que subrayar el bajo nivel de rentas de tales trabajadores autónomos. Para combatir, o al menos amortiguar, el mencionado efecto desincentivador, una vía a explorar sería la compensación de unas cotizaciones a la seguridad social más elevadas con una imposición sobre la renta más reducida.

V. LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

La pensión de jubilación forma parte de la protección social de los autónomos en todos los países de la Unión Europea, existiendo variadas fórmulas para articular la cobertura por esta contingencia. Resulta evidente, en general, la influencia de los dos modelos clásicos –inspirados por Bismarck y Beveridge, respectivamente- en los sistemas de pensiones de los países miembros, de modo que ninguno se presenta enteramente como universal o contributivo, sino que todos combinan elementos de uno y otro modelos en mayor o menor medida, permitiendo a la postre hablar de sistemas típicamente universales (los países nórdicos son un referente) y otros esencialmente contributivos (por todos, el sistema alemán), en función del grado de influencia que uno u otro hayan ejercido, existiendo asimismo una franja híbrida de sistemas de seguridad social mixtos.

De la diversidad de sistemas de pensiones existentes en la Unión Europea y sin perjuicio del mayor o menor desarrollo estructural que hayan podido experimentar, es posible extraer ciertos elementos o rasgos comunes para ofrecer una panorámica general acerca de la protección por jubilación de los trabajadores autónomos, apreciándose en general la existencia de dos grandes niveles de protección: uno básico público, y otro complementario y voluntario, de origen profesional o privado, cuyo arraigo y perfeccionamiento no es igual en todos los Estados miembros, como tampoco lo es su afectación sobre los trabajadores autónomos.

A. LA DIMENSIÓN PÚBLICA DEL SISTEMA DE PENSIONES

El nivel público o primer pilar de protección que todos los sistemas de pensiones nacionales contemplan, se organiza principalmente de dos maneras: una, a partir de criterios de carácter universal, y otra, en función de requisitos profesionalizantes.

¹⁸ Artículos 318 d) y 209 1 b) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

1. PENSIÓN DE JUBILACIÓN PÚBLICA UNIVERSAL

Puede haber pensiones de jubilación públicas no contributivas, dirigidas a todos los ciudadanos del país y normalmente financiadas por el Estado vía impuestos, cuya finalidad consiste esencialmente en actuar como garante de ingresos mínimos para combatir o evitar el riesgo de pobreza, articulándose su cobertura sobre pensiones básicas, sean de cuantía fija (*flat rate*) o en función del nivel de rentas o ingresos (*means-tested*).

En esta línea, Holanda reconoce una pensión pública a los que han trabajado (autónomos incluidos) y residido en el país, sujeta al cumplimiento de la edad de jubilación y financiada con cargo a una contribución específica en el impuesto de la renta (sistema de reparto), más la aportación directa del Estado a través de los presupuestos. Es una pensión universal que cubre a toda la población cualquiera que sea su nivel de rentas, por tanto, no sujeta a prueba de ingresos o *means-tested*, y complementada con medidas de ayuda asistencial suplementarias, cuando no se alcanza la pensión completa y se carece de otro tipo de ingresos¹⁹.

En Dinamarca, el nivel público del sistema de pensiones resulta esencial en la protección de los autónomos. Comprende dos pensiones, de un lado, una básica, de carácter universal y financiada vía impuestos generales, cuya cuantía depende del número de años de residencia en el país, estando formada en parte por una cuantía fija y otra sujeta a prueba de ingresos. De otro lado y con carácter complementario, una pensión contributiva financiada con las aportaciones de trabajadores y empleados, que tiene carácter voluntario para los autónomos, cuya cuantía depende de las cotizaciones satisfechas, determinadas a su vez en función de las horas trabajadas.

En una posición próxima pero diferente se sitúa Suecia, donde la pensión no contributiva tiene un papel secundario al actuar de complemento de otra pensión principal de carácter contributivo. En efecto, el sistema público de pensiones se centra en esta última, compuesta a su vez por una parte básica financiada con cotizaciones vinculadas a ingresos siguiendo el sistema financiero de reparto, y otra complementaria basada en un sistema de capitalización individual. La pensión no contributiva complementaria es financiada vía impuestos y actúa como garantía mínima cuando se carece de recursos.

En los sistemas destacados, el nivel público articulado a través de pensiones básicas se compensa con un amplio desarrollo de los regímenes complementarios de pensiones, al menos tratándose de trabajadores por cuenta ajena. Sin esta mejora necesaria, la pensión global del jubilado quedaría incompleta y con una cuantía más reducida. Así ocurre en particular para los trabajadores autónomos que quedan excluidos en muchos sistemas nacionales del segundo pilar (planes de pensiones profesionales), siendo dudosa –o casi imposible– su participación en el tercer pilar (planes de ahorro individuales), aspectos que se comentan con mayor profundidad más adelante.

¹⁹ El derecho a la pensión pública básica de jubilación holandesa no exige período de carencia mínimo. Se obtiene la pensión completa con cincuenta años de residencia/trabajo, reduciéndose un 2% por cada año que falte, y calculándose su cuantía a partir del salario mínimo, lo que determina pensiones bajas que necesariamente precisan complementarse con la protección de los pilares segundo y tercero. Camós Victoria, I., García de Cortázar, C. y Suárez Corujo, B., *La reforma de los sistemas de pensiones en Europa, Los sistemas de pensiones de Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania vistos desde España*, Laborum, Murcia, 2017, p. 45.

2. PENSIÓN DE JUBILACIÓN PÚBLICA CONTRIBUTIVA

Es común a muchos países miembros la existencia de una protección contributiva vinculada a la carrera profesional y cotizatoria del trabajador autónomo o asalariado, generalmente basada en un sistema financiero de reparto, que actúa como renta de sustitución permitiendo al trabajador mantener cierto nivel de ingresos cuando acontece la contingencia. Por término medio, la pensión contributiva es inferior para los autónomos en la mayoría de los Estados miembros en comparación con la que perciben los trabajadores por cuenta ajena, en lo que indudablemente influye su modo y cuantía de cotizar en los términos analizados.

Algunos sistemas de pensiones estructuran la protección predominantemente sobre una única pensión pública contributiva, sin perjuicio de prever una protección no contributiva de menor entidad que entra en juego cuando no se alcanza el cumplimiento de los requisitos de la primera, otorgando un papel muy secundario o residual a los planes de pensiones profesionales y a los seguros de ahorro individual. Así ocurre en Italia y en España, donde existen los dos niveles básicos de protección de naturaleza pública (contributivo y no contributivo), procurando mejorarse mediante fórmulas de naturaleza privada de escasa implantación, pese a los intentos de fomentarlas con tratamientos fiscales especiales.

De otro modo en Francia, lo peculiar estriba en la existencia dentro del régimen público obligatorio de una prestación básica de jubilación y otra complementaria de mayor entidad prevista en los regímenes de pensión complementarios obligatorios para diferentes categorías de autónomos (comerciantes, artesanos, trabajadores agrícolas, profesionales liberales), tratándose en ambos casos de mecanismos de protección financiados mediante cotizaciones vinculadas a ingresos, sujetos a un sistema de reparto²⁰.

Siendo la protección contributiva obligatoria para los trabajadores autónomos en la mayoría de los Estados miembros, ello no impide la existencia de ciertas particularidades en torno a la misma, resultando inevitable además la comparativa a nivel interno con el grado de protección dispensado a los trabajadores por cuenta ajena, e incluso diferencias de tratamiento entre los propios autónomos según la categoría en que se incardinan. Con todo, se detectan “brechas” en el acceso a la pensión pública de jubilación para los autónomos en determinados casos.

En primer lugar, algunos países miembros excluyen del sistema público de pensiones a los autónomos cuyos ingresos no alcanzan determinado umbral, admitiéndose en ciertos casos la protección voluntaria con la finalidad de evitar lagunas de cotización (Bulgaria, Finlandia, Rumania). De otra forma en Rumanía, la mayoría de los autónomos no está protegida por la pensión de jubilación a causa de que su base reguladora de facto es más baja que el umbral mínimo de ingresos señalado para el seguro público.

En segundo lugar, la protección de los autónomos en el seguro de pensiones no es siempre obligatoria. El ejemplo es Alemania, donde no existe la pensión universal en el sentido visto en los países nórdicos, descansando el sistema público obligatorio sobre la pensión contributiva, financiada con cotizaciones y bajo el sistema de reparto, que protege a todos los trabajadores por cuenta ajena con contadas excepciones (trabajadores marginales) y, sin embargo, no alcanza a todas las categorías de autónomos, sino únicamente a ciertos

²⁰ Camós Victoria, I., García de Cortázar, C. y Suárez Corujo, B., *La reforma de los sistemas de pensiones en Europa*, cit. p. 128.

grupos (artistas, editores, entre otros), pudiendo el resto acogerse voluntariamente a esta cobertura. Queda la protección complementaria privada (ahorro individual), mas no la de carácter profesional, vedada en este país a los autónomos.

En tercer lugar, algunos países no reconocen a los trabajadores autónomos ciertas modalidades de jubilación a las que sí pueden acceder los trabajadores por cuenta ajena. Ocurre así en España con respecto a la jubilación parcial -en tanto el precepto que lo regula no tenga desarrollo reglamentario- y la jubilación anticipada²¹.

En cuarto lugar, la previsión en el nivel público de pensiones básicas muy limitadas restringe la protección de quienes como los autónomos, no pueden acceder al nivel complementario profesional. En el Reino Unido, y de manera similar en Irlanda, la pensión pública se caracteriza por ser de muy baja cuantía, persiguiendo evitar situaciones de máxima pobreza. Se diferencia, de un lado, una pensión “estatal” obligatoria, de carácter contributivo, con requisitos de acceso más gravosos para los autónomos, como el período de carencia o la base reguladora (*assessment base*), que sigue el régimen financiero de reparto, matizándose que si lo recaudado es insuficiente, interviene el Estado en la financiación. De otro lado, una pensión “asistencial” no contributiva, financiada por el Estado y basada en requisitos no contributivos (edad, carencia de ingresos en determinada cuantía).

Por último, puede haber diferencias entre los propios autónomos de un mismo país en lo que se refiere al acceso a la pensión de jubilación. Así ocurre en Italia, donde la pensión de los profesionales liberales es gestionada por un fondo especial (las *Casse Professionali*, según la profesión, existiendo 18 distintas) y la de los restantes autónomos, que corre a cargo del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INPS)²².

B. LA PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA

La pensión pública de jubilación no siempre resulta adecuada y suficiente para lograr mantener el nivel de ingresos que el pensionista percibía mientras estaba en activo, lo que ha justificado el recurso a técnicas de previsión complementarias en el ámbito empresarial, promovidas normalmente a través de la negociación colectiva, y asimismo a nivel individual, basadas en el ahorro personal y con un tratamiento fiscal más favorable para fomentar, desde los poderes públicos, su utilización.

La protección complementaria tiene generalmente carácter voluntario, naturaleza privada y sigue el sistema financiero de capitalización, pudiendo ser de tipo profesional o individual. En la primera categoría, los planes de pensiones de empresa negociados a nivel de sector, grupo profesional, grupos de empresas o empresas individuales constituyen su principal expresión. Precisamente el origen empresarial de este tipo de medidas explica una afectación generalizada sobre los trabajadores asalariados y, por contraste, la nula participación de los trabajadores autónomos en tales planes de pensiones desprotegidos de una tutela empresarial o estatal. Por su parte, la segunda categoría incluye los productos financieros suscritos individualmente con compañías aseguradoras enfocados a particulares que deseen ahorrar para su vejez. Habría que analizar si la implementación de este tipo de regímenes complementarios supone una solución válida

²¹ Artículos 318, 207 y 215 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

²² Jessoula, M., Pavolini, E. and Strati, F., *ESPN Thematic report on Access to social protection of people working as self-employed or non-standard contracts, Italy 2017*, European Social Policy Network, pp. 10-11.

para incrementar o, al menos, mantener el nivel de ingresos de los trabajadores autónomos en la etapa de la jubilación.

Como cabe esperar, la relevancia de los sistemas de pensiones complementarios profesionales e individuales no tiene la misma incidencia en todos los Estados miembros. Este tipo de previsión encuentra especial relevancia en los países miembros cuyos sistemas de pensiones son concebidos como un conjunto integrado de seguros en el que la pensión pública básica debe ser mejorada necesariamente con pensiones complementarias de carácter profesional o individual. Este esquema resulta perfectamente válido cuando se aborda la protección de los trabajadores por cuenta ajena, al tratarse de un colectivo mayoritariamente protegido por los planes de pensiones de carácter profesional y con origen en la negociación colectiva. Pero no ocurre de igual manera para los trabajadores autónomos, habitualmente excluidos de la protección del segundo pilar, como ocurre en Dinamarca, Alemania y Suecia, entre otros. La excepción a esta generalizada exclusión se encuentra en Bélgica y Holanda. En el primero, se constata que casi la mitad de los autónomos ha suscrito un régimen de pensiones complementario y voluntario²³. En Holanda, el segundo pilar tiene un protagonismo muy destacado en el conjunto del sistema de pensiones, siendo cuasi obligatorio para los trabajadores asalariados y pudiendo los trabajadores autónomos, esencialmente profesionales liberales, promover sus propios fondos de pensiones²⁴. No obstante, la ausencia de restricciones legales, el elevado coste de este tipo de cobertura supone en la práctica una importante barrera para los autónomos holandeses, ejerciendo una influencia muy limitada en la protección de aquellos cuyas rentas no sean medio-altas.

La implantación de los planes de pensiones profesionales o individuales es, por contraste, inferior o prácticamente insignificante en los países del sur y del este de Europa (Bulgaria, Croacia, Polonia, Portugal, España), salvo excepciones como Grecia, donde el seguro complementario de pensiones es obligatorio para determinados autónomos como los profesionales liberales, excluyendo a los médicos, y voluntario para los trabajadores independientes y los agricultores. En particular, para los países del sur basados en un modelo público más desarrollado que acusa problemas graves de financiación de las pensiones por motivos ligados a la falta de cotizantes y el envejecimiento de la población, supone un auténtico reto perfeccionar este tipo de medidas de protección complementaria y popularizarlas entre sus ciudadanos como instrumento de ahorro que contribuye a mejorar los recursos financieros del pensionista.

Una situación intermedia se aprecia en países como, Irlanda, Reino Unido y Eslovenia. Por ejemplo, en Reino Unido, con una pensión estatal muy básica y de cuantía relativamente baja, un mayor desarrollo de la protección privada complementaria estaría plenamente justificado, con el inconveniente que los planes de pensiones gestados a través de la negociación colectiva o concertados con la empresa no cubren a los autónomos, quedando para este colectivo la protección complementaria a través de planes de previsión individuales, siempre y cuando lo permita su capacidad de ahorro. En el Reino Unido muchos autónomos se ven compelidos a complementar esta protección suscribiendo planes y fondos de pensiones (segundo pilar). En otros casos, la protección de los autónomos a través de planes de pensiones profesionales se lleva a cabo bajo condiciones más desfavorables que para los trabajadores asalariados.

²³ De Wispelare F. and Pacolet, J., *ESPN Thematic report on Access to social protection of people working as self-employed or non-standard contracts, Belgium 2017*, cit., p. 18.

²⁴ Camós Victoria, I., García de Cortázar, C. y Suárez Corujo, B., *La reforma de los sistemas de pensiones en Europa*, cit., pp.43 y siguientes.

Por tanto, excluidos los autónomos por regla general del régimen de pensiones ocupacional o profesional y salvo que se articulasen instrumentos de protección *ad hoc* parangonables a los del segundo pilar para los trabajadores por cuenta ajena, la falta de protección en este nivel sólo podrá ser compensada con medidas de ahorro individual (tercer pilar). En efecto, los planes de pensiones individuales basados en el ahorro personal del interesado, representan una alternativa para mejorar la futura pensión pública del autónomo. El tratamiento de este mecanismo varía entre los Estados miembros con muy distintos resultados, pudiéndose afirmar, en general, que la probabilidad de concertar este tipo de seguro depende de la capacidad económica del individuo, representando una alternativa difícil o improbable, o cuando menos un importante esfuerzo para una gran parte de los autónomos que eligen cotizar sobre la base mínima permitida y quedan al margen de la protección de ciertas coberturas voluntarias, posiblemente a causa de limitaciones en su nivel de ingresos y por los gastos varios que, como profesionales autónomos, deben soportar.

Pese a todo, algunos Estados miembros tratan de adoptar medidas de promoción del ahorro privado a través de deducciones fiscales, con la finalidad de favorecer, en suma, el concierto por el autónomo de seguros de pensiones con compañías privadas. En Suecia, por ejemplo, deducciones de este tipo implican una reducción de la aportación del autónomo al sistema público de pensiones, puesto que la cotización del mismo en este país se efectúa sobre sus ingresos, lo que puede ser arriesgado ya que sus aportaciones al seguro público se utilizan a su vez para valorar el cumplimiento de los requisitos de acceso a otras prestaciones, como las de enfermedad o las relativas al permiso parental²⁵.

Resulta meridiano que la capacidad de ahorro del trabajador autónomo encauzada en un plan de pensiones apropiado supondría una mejora de la pensión pública, lo que no se consigue en todos los casos. En Alemania o la República Checa, por ejemplo, las medidas incardinadas en el tercer pilar tienen dudoso éxito con respecto a aquellos trabajadores autónomos medios que carecen de las condiciones necesarias para acumular capital, deviniendo finalmente la pensión pública contributiva en una protección inadecuada o insuficiente, en cualquier caso incapaz de reemplazar los ingresos dejados de percibir con motivo de la jubilación.

El resultado es similar en los países del sur de Europa, donde estas fórmulas de protección complementarias no han tenido el desarrollo, implantación y éxito que hubiera sido deseable, focalizándose la protección por jubilación del autónomo casi enteramente en la pensión pública contributiva, con la diferencia que el sistema parte de la utilidad o conveniencia de este mecanismo de protección sobre los otros complementarios. A tal efecto, la trayectoria laboral del trabajador autónomo y el nivel y frecuencia de sus ingresos profesionales van a tener influencia decisiva en el acceso a la pensión y en el nivel de cobertura que alcance.

VI. CUESTIÓN FINAL: LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL AUTÓNOMO, ¿RESULTA ADECUADA?

Plantear esta cuestión supone valorar si la pensión de jubilación que percibirá el autónomo bajo las características descritas previamente, resultará capaz de reemplazar razonablemente los ingresos dejados de percibir durante todo el tiempo que se prolongue la situación de retiro de la vida activa, evitando el riesgo de pobreza y permitiendo, en

²⁵ Spasova, S. et altri, *Access to social protection for people working on non-standard contracts and as self-employed in Europe*, cit., p. 37.

suma, llevar un nivel de vida digno. En términos generales, la pensión media de jubilación del autónomo es más baja que la del trabajador asalariado estándar (con contrato indefinido y a tiempo completo)²⁶, como menor es el número de autónomos pensionistas por jubilación en comparación con aquéllos, siendo significativa la proporción de autónomos a nivel de la UE que no genera el derecho a la pensión de jubilación²⁷.

Posiblemente en esta situación ejerce influencia la manera de organizar el sistema de pensiones estratificado en varios pilares, concibiendo la pensión de jubilación como la resultante de sumar una pensión pública básica (de tipo universal o contributivo, según los casos), más otra complementaria de origen profesional y, en su caso, una tercera derivada del plan de pensiones individual. En otros sistemas, con predominio de una pensión pública contributiva y escaso o incipiente desarrollo de los mecanismos de previsión complementarios, resulta evidente el refuerzo de la primera, lo que no impide que su cuantía total alcance niveles mínimos como consecuencia del devenir profesional y el esfuerzo contributivo del trabajador. Este diseño resulta de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena, pero no absolutamente a los trabajadores autónomos que tienen vedada la protección complementaria derivada de planes de pensiones profesionales diseñados en el marco de la negociación colectiva. Por tanto, descartada la pensión profesional complementaria e improbable una mejora a través de planes de previsión individual a causa de su escasa capacidad de ahorro, la pensión estatal puede suponer para el autónomo el núcleo de su protección en la vejez. Aparte de la forma de organizar el sistema de pensiones, influyen asimismo en la situación denunciada las reglas de acceso a la pensión de jubilación y de cálculo de su cuantía, concebidas por lo general para trabajadores por cuenta ajena estándar, sin tener en cuenta la especificidad y las particularidades o necesidades del trabajo en régimen de autonomía, sustancialmente diferentes.

Un tratamiento más completo del tema requiere reparar en las medidas que a nivel comunitario se están adoptando, principalmente el Pilar Europeo de Derechos Sociales (2017)²⁸ y, en su desarrollo, la Propuesta de Recomendación del Consejo relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia (2018)²⁹, que guiada por el interés de abordar esta problemática en la realidad de nuestros mercados laborales, identifica los obstáculos a una protección social efectiva y adecuada de los trabajadores autónomos que derivan de la propia regulación de la seguridad social, aconsejando a los Estados miembros garantizar unos estándares mínimos y adecuados de protección.

Estos documentos son el reflejo de los términos en que se está sustanciando el debate en el seno de los Estados miembros, enfocado a extender la protección de seguridad social a todos los trabajadores autónomos y específicamente a mejorar la cobertura por jubilación. Las medidas que se barajan varían en función del régimen jurídico de seguridad social existente y los problemas particulares detectados en relación con la pensión de jubilación.

²⁶ European Commission, *Current and future income adequacy in old age in the EU, Pension adequacy report 2018*, vol. 1, p. 67.

²⁷ Spasova, S. et alrri, *Access to social protection for people working on non-standard contracts and as self-employed in Europe*, cit., p.65.

²⁸ Proclamación conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, noviembre de 2017. Interesa destacar el principio nº 12: “los trabajadores por cuenta ajena y, en condiciones comparables los trabajadores por cuenta propia, tienen derecho a una protección social adecuada”, y el principio nº 15 estableciendo el “derecho a recibir una pensión de jubilación acorde a sus contribuciones que garantice una renta adecuada”.

²⁹ Estrasburgo, 13.3.2018 COM (2018) 132 final.

Una de las características clave del período de reforma que nos ocupa ha sido la mejora del acceso legal y efectivo a la jubilación, de categorías previamente excluidas o estableciendo la obligatoriedad de la protección para los trabajadores autónomos, por ejemplo, en Lituania y Rumania³⁰.

En Dinamarca, el gobierno propuso en 2015 una medida consistente en establecer una pensión de ahorro obligatoria para las personas carentes de recursos suficientes –entre ellos, los autónomos–, aplicando un porcentaje progresivo sobre sus ingresos profesionales³¹. De esta manera se quería abordar el problema de la insuficiente cuantía de la pensión de jubilación de quienes quedan excluidos del segundo pilar de protección y apenas suscriben planes de ahorro individuales, quedando la pensión reconducida a la pensión pública, lo que para este tipo de sistemas, con protagonismo claro de la pensión profesional, significa obtener finalmente una cuantía mermada. Pese a todo, esta novedosa medida fracasó al no obtener el apoyo esperado para su implantación.

De forma similar en Suecia, los trabajadores autónomos excluidos razonablemente de los convenios colectivos, en consecuencia no tienen derecho a una pensión profesional, resultando escasa la pensión pública y teniendo que compensar la misma con medidas de ahorro o concertando un seguro privado. Este tipo de ahorro puede ser deducido en parte de las actividades comerciales del autónomo, afectando a su renta imponible, que igualmente se utiliza para determinar el acceso a otras prestaciones de la seguridad social, como las de enfermedad y por permisos parentales³².

La adecuación de las pensiones es actualmente un tema candente en Eslovaquia. Esto se refleja en los debates en curso sobre su ordenación y sobre el aumento de la edad de jubilación. Las condiciones de acceso a la pensión y los mecanismos para su cálculo son los mismos para todos los trabajadores, asalariados y por cuenta propia. Las diferencias surgen en relación con los niveles esperados de las pensiones de vejez y, por lo tanto, con la suficiencia de las pensiones. Como la mayoría de los trabajadores por cuenta propia (más del 70%) pagan cotizaciones de vejez a partir de la denominada base de cotización mínima, existe un riesgo significativo de que el nivel de sus futuras pensiones sea bastante bajo. A este respecto, la introducción de una pensión mínima de vejez es de gran importancia. Recientemente, la solidaridad dentro del primer pilar se ha visto reforzada; desde julio de 2015, la base de cotización para los trabajadores autónomos se ha incrementado del 50% al 67% del promedio mensual de los ingresos imponibles (en el año anterior). Además, el importe máximo de la base de cotización ha aumentado: entre 2013 y 2016 había un límite máximo de cinco veces el salario mensual medio, pero desde enero de 2017 asciende a siete veces el salario mensual medio. Las cotizaciones pagadas por los trabajadores autónomos en este país representan el 18%³³.

En Grecia se ha implementado el sistema cotizatorio. A partir de 2017 se unifican las cajas de pensiones en una sola, aplicándose en lo sucesivo reglas de cotización y de acceso a prestaciones uniformes para todos los autónomos y trabajadores por cuenta ajena. Se abandona el cálculo de la base de cotización del trabajador autónomo a partir de unos

³⁰ European Commission, *Current and future income adequacy in old age in the EU, Pension adequacy report 2018*, vol. 1, p. 105.

³¹ Kvist, J., *ESPN Thematic report on Access to social protection of people working as self-employed or non-standard contracts, Denmark 2017*, European Social Policy Network, p.15.

³² Nelson, K. et altri, *ESPN Thematic report on Access to social protection of people working as self-employed or non-standard contracts, Sweden 2017*, European Social Policy Network, p.14.

³³ European Commission, *Current and future income adequacy in old age in the EU, Pension adequacy report 2018*, vol. 2 - Country Profiles, p.239 y ss.

ingresos ficticios constituidos por los beneficios medios que se atribuían al mismo según la categoría de seguridad social en que estuviera encuadrado (había diferentes categorías en función del número de años ejerciendo su profesión), tomando el nuevo sistema como referencia los ingresos netos declarados fiscalmente por el autónomo en el ejercicio anterior.

Desde 2016 se ha logrado en Bélgica equiparar la cuantía de la pensión mínima de los trabajadores asalariados y de los autónomos, cuyos regímenes de pensiones son diferentes. Esta importante medida se encuadra en una política enfocada a armonizar los niveles de protección de ambos colectivos y a mejorar el poder adquisitivo de los trabajadores autónomos. Un reto en fase de revisión es la cuestión cotizatoria; corregir el desequilibrio existente en esta materia entre asalariados y autónomos probablemente pasa por elevar la contribución de los autónomos y mejorar el nivel de sus prestaciones, abandonando el sistema regresivo comentado con anterioridad. Cuestión diferente, también en el debate político, es abordar la forma de incentivar para los autónomos los pilares segundo (en expansión desde 2003, alcanzando a cerca del 45 % de ese colectivo) y tercero, este último con medidas fiscales que premian el ahorro.

En la seguridad social de Alemania uno de los problemas es el seguro público de pensiones de los autónomos, que no cubre de forma obligatoria a ese colectivo en su totalidad. Resulta ingenuo confiar que el autónomo medio excluido del seguro obligatorio de pensiones vaya a concertar su protección voluntaria en este nivel público o a través de la suscripción de un plan privado de pensiones, salvo que su capacidad de ingresos a medio-largo plazo experimente una mejora sustantiva. Es muy probable que razones económicas impidan al autónomo proveer esta protección de futuro, planeando sobre la propia sociedad alemana como inevitable el riesgo de pobreza que amenaza a los autónomos en la vejez a causa de esta falta de cobertura. En cualquier caso, el debate se centra en la posible incorporación obligatoria de los autónomos que carecen de otro tipo de protección en este nivel público, la revisión de su régimen cotizatorio, los efectos económicos inmediatos de las nuevas cuotas en la caja del seguro de pensiones e, inevitablemente, el coste de la acción protectora a largo plazo³⁴.

En Italia los problemas giran en torno al primer pilar del régimen de pensiones, tanto en lo relativo a los fondos públicos gestionados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INPS) para los autónomos tradicionales y otros, como en lo que respecta a los fondos especiales independientes de los profesionales liberales gestionados por las *Casse Professionali*. Aunque la cobertura universal de la población activa está garantizada, se hace de manera muy fragmentada dando lugar a niveles de protección muy diferentes entre los regímenes gestionados por el INPS, inferiores en todo caso para los trabajadores autónomos en comparación con los trabajadores por cuenta ajena. Las reformas emprendidas tratan de armonizar gradualmente las normas de los regímenes gestionados por el INPS en lo relativo al acceso a la pensión de jubilación y la forma de cálculo de la misma, no obstante, las diferencias persisten en las tasas de cotización, repercutiendo lógicamente en el nivel de la pensión³⁵.

Todos estos ejemplos ponen de manifiesto una preocupación generalizada en el Derecho comparado europeo por mejorar la situación de los autónomos en la seguridad social,

³⁴ Bäcker, G., *ESPN Thematic report on Access to social protection of people working as self-employed or non-standard contracts, Germany 2017*, cit., pp. 17 y ss.

³⁵ Jessoula, M., Pavolini, E. and Strati, F., *ESPN Thematic report on Access to social protection of people working as self-employed or non-standard contracts, Italy 2017*, cit., p. 10 y ss.

especialmente aquellos aspectos que dificultan el acceso a una pensión de jubilación adecuada.

VII. CONCLUSIÓN

Los trabajadores autónomos están profundamente influidos por el grado de desarrollo económico alcanzado por el país de asentamiento y el nivel de protección social que el mismo les presta, pudiendo dimensionar ambos factores la figura del trabajador autónomo en la esfera fiscal y de seguridad social. Sin descartar absolutamente de este análisis a los autónomos clásicos (comerciantes, agricultura, pesca, profesionales liberales), debe destacarse la preocupante situación de aquellos otros de nueva aparición que hemos calificado como “vulnerables” por ser mayor el riesgo de pobreza y de exclusión social que amenaza a estos trabajadores, y por su inferior protección social en comparación con los trabajadores asalariados, especialmente en lo relativo a la protección por jubilación.

Rechazada la protección complementaria a través de planes de pensiones profesionales y dudosa la posibilidad de concertar seguros de ahorro privados, la atención se centra necesariamente en el ámbito de los sistemas públicos contributivos, donde la previa actividad profesional y carrera cotizatoria del trabajador autónomo ejercen una influencia directa en el nivel de la prestación de jubilación, de forma que una vida profesional incompleta y precaria probablemente determinará el acceso a la pensión futura y su nivel de cobertura. En esta tesitura, es difícil lograr una pensión de jubilación que reúna los estándares necesarios para considerarse *adecuada* como renta de sustitución de los ingresos profesionales dejados de percibir, capaz de prevenir y paliar el riesgo de pobreza.

Las reformas emprendidas en muchos sistemas de seguridad social nacionales se han dirigido a extender la protección a todos los trabajadores autónomos, integrándolos en el sistema o en un régimen de protección específico, según los casos, o modificando la forma de cálculo de la base de cotización, armonizando los tipos aplicables o revisando las condiciones de acceso a las prestaciones, en suma, mejorando el nivel de cobertura. El tema es delicado por cuanto si no se practican los estudios previos necesarios, en el futuro aparecerán unos pensionistas que, salvo que fuesen compensados debidamente por una protección social general universal, accederían a prestaciones mínimas prácticamente ridículas, con lo que daríamos lugar a una generación de menesterosos pensionistas.

En este debate generalizado, tal vez los poderes públicos deberían resolver qué tipología de autónomos hay que fomentar y apoyar su estabilidad y contribución al crecimiento, y cuáles desalentar o derivar con audacia al trabajo por cuenta ajena, pero con garantías de estabilidad. Tampoco serían desdeñables otras actuaciones en el plano formativo durante su vida activa para implementar su estabilidad y progresión económica, o favoreciendo instrumentos de representación sindicalizada para propiciar una autotutela.



Recibido: 30.03.2019. Aceptado: 02.05.2019

HOMOLOGACIÓN DE LAS PENSIONES Y JUBILACIONES EN VENEZUELA COMO MECANISMO DE BRECHA SALARIAL

HOMOLOGATION OF PENSIONS AND RETIREMENTS IN VENEZUELA AS A WAGE GAP MECHANISM

Dra. YDANGELY TROPIANO

Profesora e Investigadora de Derecho de Trabajo y Seguridad Social, Administrativo.
Aprendizaje Jurídico, S.C
Instituto Universitario de Mercadotecnia
ydangely.tropiano@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-2983-504X>

Dr. ATILIO NOGUERA

Profesor e Investigador de Derecho de Trabajo y Seguridad Social; Medios Alternativos de Resolución de Conflictos
Aprendizaje Jurídico, S.C
Universidad Santa María
Universidad Central de Venezuela
Instituto Universitario de Mercadotecnia
atilionoguera@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-2041-6604>

RESUMEN

El artículo tiene por objeto analizar las medidas aplicadas en Venezuela, tras una lucha social constante desarrollada en dos etapas, la primera antes del año 1997 y la segunda después del año 2000, con el fin de garantizar la homologación a un monto igual o superior al salario mínimo en las pensiones y jubilaciones, cuya efectividad se concretó con la inclusión del artículo 80 en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que instauró la progresividad de las pensiones y jubilaciones, garantizando su homologación al salario mínimo, y por lo tanto cerrando la brecha en cuanto no pueden ser canceladas por un monto inferior; desarrollándose además cada uno de los sistemas de homologación fundados tanto en el sector público y privado, y el avance obtenido en la práctica, concluyéndose que a pesar de las vicisitudes económicas y políticas que han surgido en Venezuela en estos últimos siete años, que opaco ese logro alcanzado no coadyuvando a demostrar frutos positivos en cuanto la homologación de las pensiones y jubilaciones, en razón que durante dicho período la pensión mínima vital no ha permitido por los cambios en el costo de la vida la satisfacción de las necesidades básicas (alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, asistencia sanitaria, transporte y esparcimiento), sin embargo, no podemos obviar que fuera de este escenario la homologación tuvo resultados efectivos, esperando que retorne nuevamente su verdadera finalidad como un derecho social que fue creado con el objetivo de asegurar durante la vejez o incapacidad un nivel de vida acorde con la dignidad humana, a través de la percepción de un ingreso periódico tendiente a cubrir a las personas sus gastos de subsistencia.

PALABRAS CLAVE: homologación, pensiones, jubilaciones, salario mínimo, Venezuela.

ABSTRACT

The purpose of the article is to analyze the measures applied in Venezuela, after a constant social struggle developed in two stages, the first before 1997 and the second after the year 2000, in order to guarantee homologation at an amount equal to or greater than minimum wage in pensions and retirement, whose effectiveness was specified with the inclusion of Article 80 in the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela, which established the progressiveness of pensions and pensions, guaranteeing their homologation to the minimum wage, and therefore closing the gap in that they cannot be canceled for a lower amount; also developing each of the homologation systems based on both the public and private sectors, and the progress made in practice, concluding that despite the economic and political vicissitudes that have arisen in Venezuela in the last seven years, opaque that achieved by not helping to show positive results in terms of homologation of pensions and pensions, because during this period the minimum vital pension has not allowed for the changes in the cost of living the satisfaction of basic needs (adequate food, dignified housing, education, clothing, health care, transportation and recreation), however, we cannot ignore that outside this scenario the homologation had effective results, hoping that it returns again its true purpose as a social right that was created with the objective of ensure, during old age or disability, a standard of living in accordance with human dignity, through the perception of a periodic income tending to cover people their subsistence expenses.

KEYWORDS: Homologation, pensions, retirements, minimum wage, Venezuela.

SUMARIO

I. ASPECTOS GENERALES

II. ANTECEDENTES

III. LAS MEDIDAS LEGISLATIVAS SOBRE LA HOMOLOGACIÓN DE LAS PENSIONES Y JUBILACIONES

IV. HOMOLOGACIÓN DE LAS PENSIONES DEL SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO

V. HOMOLOGACIÓN DE LAS JUBILACIONES Y PENSIONES EN EL SECTOR PÚBLICO

VI. TRABAJOS ATÍPICOS O A TIEMPO PARCIAL

VII. HOMOLOGACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN REGIDAS POR CONTRATACIÓN COLECTIVA

VIII. CONCLUSIONES

I. ASPECTOS GENERALES

En Venezuela, por efecto de las luchas constantes y de las situaciones problemáticas que han tenido que afrontar la Seguridad Social, a través de su historia dentro del ámbito político, económico y social, se reconoció la homologación de las pensiones y jubilaciones al salario mínimo nacional.

Cabe destacar, que en Venezuela está contemplado un sistema de seguro social obligatorio regulado por la Ley del Seguro Social y su Reglamento, que protege a los trabajadores del sector público y privado bajo relación de dependencia, y los que prestan servicios por cuenta propia y/o pasa a continuación facultativa al quedar desempleado.

El referido sistema, establece una serie de pensiones que es otorgada por medio del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (en lo adelante IVSS), por las contingencias de vejez, sobrevivencia, invalidez o incapacidad parcial y pensión de sobreviviente.

Por otro lado, está el régimen de jubilaciones y pensiones previsto en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Trabajadores y las Trabajadoras de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, que regula el derecho a los trabajadores del sector público por optar por una jubilación ordinaria, especial, pensión de incapacidad y pensión de sobreviviente, cuyo financiamiento es llevado por un Fondo Especial de Jubilaciones y Pensiones administrado por la Tesorería de la Seguridad Social.

Dentro del ámbito de aplicación de la referida norma, están excluidos los órganos, entes y trabajadores cuyo régimen de jubilación o pensión esté consagrado en leyes nacionales, como por ejemplo quienes laboran en la Procuraduría General de la República, Poder Judicial, entre otros; y los consagrados en contratos colectivos en los casos de empresas del Estado y demás personas de derecho público.

Ahora bien, el régimen de jubilación y pensión establecido exclusivamente para el sector público, es concurrente con el régimen de contingencias y prestaciones contemplado en la Ley del Seguro Social, lo que resulta que un trabajador del sector público podrá optar al mismo tiempo o en momentos diferentes cuando cumpla con los requisitos, por dos pensiones sea la invalidez y la de incapacidad o por una pensión de vejez y la jubilación ordinaria o por dos pensiones de sobreviviente, a diferencia de quien presta servicio en el sector privado.

Cabe destacar, que indistintamente del beneficio que adquiera el trabajador dependiente o por cuenta propia, en Venezuela se determinó la homologación de las pensiones y jubilaciones como un derecho constitucional que engloba a todos estos regímenes, y a continuación se desarrollarán las medidas legislativas aplicadas en lucha contra la brecha salarial y las pensiones y jubilaciones¹.

¹ Cláusula Tercera de las Disposiciones Finales del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Trabajadores y las Trabajadoras de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.156 Extraordinario del 19-11-2014, en concordancia con el artículo 45 del Reglamento de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la

II. ANTECEDENTES

En el año 1940, se aprobó la primera Ley del Seguro Social Obligatorio de Venezuela, que constituía un régimen limitado, contenía protección solamente en caso de enfermedad, maternidad, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, planificándose para una etapa posterior su extensión a las contingencias de invalidez, vejez, muerte y paro forzoso.

Solo cubría a los trabajadores dependientes afiliados al Sistema de Seguridad Social y sus familiares calificados, dejándose por fuera a los trabajadores agrícolas y a varios patronos o instituciones públicas, además de los trabajadores ocasionales, los miembros de la familia del patrono, así como en caso de los riesgos de enfermedad y maternidad, los trabajadores cuya remuneración excediera del límite que fijase el Ejecutivo Nacional. También estaban excluidos los trabajadores independientes².

La normativa fue modificada el 5 de octubre de 1951, con el nombre de Estatuto Orgánico del Seguro Social, que a su vez fue objeto de modificación, el 22 de junio de 1966, identificado por el viejo nombre Ley del Seguro Social.

En relación a las nuevas contingencias, los proyectistas de la Ley de 1940, estimaron que luego de cuatro o cinco años podrían implantarse, pero hubo que esperar hasta el 1 de enero de 1967, fecha de la entrada en vigencia de la Ley del Seguro Social aprobada en el año 1966, para que se extendiera la cobertura a los riesgos de invalidez, vejez, viudez, orfandad y nupcias, comenzándose a pagar las primeras pensiones en 1971.

Adicionalmente de la Ley del Seguro Social, fue aprobado su Reglamento General, el 19 de febrero de 1944, sujeto a modificación en el año 1993, desarrollando y extendiendo la aplicación de la referida Ley de forma más pormenorizada para ser un complemento de la materia regulada.

Ahora, a pesar de la promulgación de estas normas, en el transcurso del año 1991, Venezuela vivió una situación política y social crítica, al efecto que los pensionados experimentaron una vía crucis para cobrar la pensión, falta de medicinas, indiferencia de los reclamos, y la pensión que no alcanzaba para subsistir, sin recibir respuesta por parte de los funcionarios del IVSS³.

En este sentido, en fecha 3 de febrero de 1992, se realizó la primera marcha exigiendo igualar la pensión con el salario mínimo, el pago puntual de las pensiones, el pago del retroactivo del bono de transporte y el amparo a los pensionados por discapacidad y sobrevivencia, sin embargo no hubo respuesta.

Administración Pública Nacional, de los Estados y los Municipios, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.618 de fecha 11 de enero de 1999; regula lo referente a la compatibilidad el goce simultáneo de dos jubilaciones, de dos pensiones o de una jubilación y una pensión.

² Atilio Noguera e Ydangely Tropiano. La Seguridad Social en Venezuela. Dedicado a Nuestro Profesor Dr. Rafael Mújica. *Revista Aprende Jurídico*. Vol. 3, período abril-junio. Caracas-Venezuela.2016. pp.17-18.

³Urimare Capote, Arturo Tremont y Edgar Silva Herrera. Sistematización de experiencia. Los pensionados: Vanguardia de lucha. Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (Provea), disponible en: <http://www.derechos.org.ve/pw/wp-content/uploads/ComiteJyP.pdf>, p.12, (consultado el 04 de febrero de 2019).

Luego en fecha 25 de noviembre de 1992, se convocó una segunda marcha con fines de reclamar entre otras cosas el pago oportuno y aumento de las pensiones, sin embargo en ese mismo año el entonces Congreso de la República nombró una comisión especial para la reforma de la Constitución, presidida por el Dr. Rafael Caldera, donde los pensionados aprovecharon el momento para solicitar que escuchara sus peticiones, desplegando una campaña con la consigna “Ninguna pensión o jubilación será inferior al salario mínimo”; no obstante a pesar que los diputados aprobara una disposición constitucional al planteamiento del Comité de Pensionados y Jubilados, el proyecto de la Constitución no fue aprobado, pasando al archivo.

En ese mismo año, el Comité de Pensionados y Jubilados presenta al entonces Congreso Nacional, un primer proyecto de ley, sobre pensión mínima vital, sin embargo, tampoco hubo suerte, el proyecto no fue discutido pasando al archivo.

Se mantuvo las marchas y reclamos por parte de los pensionados, surgiendo también en el año 1992, la reestructuración del IVSS, logrando el pago de ciertos beneficios entre las cuales no se incluyó la homologación de la pensión al sueldo mínimo.

Posteriormente, con las elecciones presidenciales en el año 1993, para el período 1994-1998, los pensionados presentaron mediante movilizaciones a nivel nacional de un segundo proyecto de ley de homologación de las pensiones y jubilaciones al salario mínimo nacional, lo que originó en el mes de mayo de ese mismo año, que aumentara el monto de las pensiones, pero no al salario mínimo.

En el año 1994, los pensionados mantienen su lucha de calle para la aprobación del proyecto de ley de homologación de las pensiones al salario mínimo, lo que surgió solamente el otorgamiento de un bono de fin de año, y bajo este mismo parámetro en el año 1995, continua el movimiento de las protestas para la aprobación del proyecto de la referida ley, la cual fue aprobada el 31 de mayo de ese año, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.920 del 16 de junio de 1995.

A pesar de la promulgación de la Ley de homologación de las pensiones al salario mínimo, en el año 1995, se mantuvieron las marchas para reclamar entre otras cosas por la homologación de sus pensiones al salario mínimo. Posteriormente, en el año 1997 suscriben un acuerdo para el pago de las pensiones, no obstante, continúa las irregularidades hasta el límite que se otorgaba bonos adicionales a los trabajadores para que no tuviese incidencia en el salario y por consiguiente tampoco en las pensiones.

Las protestas por parte de los pensionados y jubilados se mantienen, en virtud de los incumplimientos de los acuerdos, siendo que para finales del año 1998, se realizan elecciones presidenciales, y para mediados del año 1999, se fija un aumento al salario mínimo urbano que su entonces de Bs. 120.000 y para los menores de edad principiantes y conserjes de Bs. 90.000, indicándose que éste será el referencial para las pensiones, la cual no fue reconocido la homologación de las pensiones y en virtud de otras inobservancias por el Gobierno, conllevó en el mes de mayo de ese mismo año que los pensionados salieran a marchar, siendo escuchados por el entonces Presidente de la República, proponiéndole y fue aceptado la creación de una Comisión Presidencial de Alto Nivel para la problemática de los pensionados del IVSS.

Una de las medidas paralelas que aplicó en ese mismo año el Presidente, fue la disolución del Congreso Nacional, convocando una Asamblea Nacional Constituyente para la elaboración de una nueva Constitución de la República, lo que le resulto propicio para que los pensionados solicitarán la incorporación de una disposición constitucional que estableciera además de otros beneficios que “ninguna pensión ni jubilación, otorgada por el Estado venezolano, sea inferior al salario mínimo nacional”⁴.

A tal efecto, el proyecto de la Constitución es aprobada por el pueblo de Venezuela mediante referendo constituyente, en fecha 15 de diciembre de 1999, entrando en vigencia con su publicación en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999, incorporándose en el artículo 80, la homologación de las pensiones y jubilaciones al salario mínimo⁵.

En este sentido, en enero del 2000, se incrementó las pensiones a Bs. 100.000, sin haberse incrementado el salario mínimo. Posteriormente, a partir de mayo del 2000, se fija un aumento al salario mínimo del 20%, pasando de Bs. 120.000 a Bs. 144.000, y las pensiones son incrementadas en un 44%, para homologarlas con el salario mínimo, quedando a partir de mayo de ese año en Bs. 144.000, con retroactivo de abril, en virtud que las pensiones se pagan por mes adelantado⁶.

Con este incremento se normalizó el pago mensual de las pensiones, generando un resultado positivo, en razón que se mantuvo el pago de las pensiones en base al salario mínimo, dando cumplimiento a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

III. LAS MEDIDAS LEGISLATIVAS SOBRE LA HOMOLOGACIÓN DE LAS PENSIONES Y JUBILACIONES

Anteriormente se indicó, que por motivo de las protestas continuas de los pensionados y jubilados para que le sean reconocida el pago de la pensión en base al salario mínimo, en el año 1995, se promulgó la primera medida legislativa en regular la situación, es decir, Ley de Homologación de las Pensiones del Seguro Social y las Jubilaciones de la Administración Pública, al Salario Mínimo Nacional (Pensión Mínima Vital), que aún se encuentra en vigencia.

Esta normativa establece como objetivo garantizar una pensión mínima vital a los beneficiarios de la pensión de invalidez o vejez de la Ley del Seguro Social o de la Jubilación de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios (artículo 1).

⁴Urimare Capote, Arturo Tremont y Edgar Silva Herrera. Sistematización de experiencia. Los pensionados: Vanguardia de lucha. Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (Provea), disponible en: <http://www.derechos.org.ve/pw/wp-content/uploads/ComiteJyP.pdf>. p.19, (consultado el 04 de febrero de 2019).

⁵ La Constitución fue posteriormente se reimprime por error material, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N° 5.453 Ext del 24-03-2000, manteniéndose en iguales condiciones el contenido del artículo 80.

⁶ Idem, p. 20.

La cantidad mínima vital correspondía igual al salario mínimo legal mensual vigente para la ciudad de Caracas, donde además la norma lo extiende a la situación de incapacidad parcial y permanente (artículos 2 y 10), pero dando un trato distinto para la pensión de sobreviviente, que percibiría el cien por ciento (100%) de la pensión mínima vital del asegurado, siempre y cuando demostrará que carecía de recursos o no disfrutaba de una pensión o ingreso alguno cualquiera que fuere su origen o naturaleza directa o indirectamente, no trabajare por encontrarse en situación de inválido (artículo 9).

Ahora bien, a pesar de la existencia de la referida Ley de Homologación de las Pensiones y Jubilaciones, que al final fue omitida quedando bajo archivo, es que posteriormente por medio de la voluntad del constituyente se incluye dicho beneficio en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, comprendiendo la segunda medida legislativa, estableciendo el artículo 80: “*Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de seguridad social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano. (...)*”⁷.

En la referida disposición se regulariza el deber del Estado en garantizar a los adultos mayores los derechos consagrados dentro del sistema de seguridad social, con el fin de elevar y asegurar su calidad de vida, donde las pensiones y las jubilaciones no podrán ser canceladas por debajo del salario mínimo.

En este orden de ideas, Martha Coromoto indica que la Constitución de 1999, asume como un derecho fundamental de los ancianos, que las prestaciones por concepto de pensiones y jubilaciones que sean otorgadas mediante el sistema de seguridad social, no podrá ser inferior al salario mínimo estipulado por el gobierno⁸.

Del mismo modo, Alsacia Vahlis Aguilar comenta bajo un análisis de los artículos 80 y 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que es deber del Estado en velar que el monto de las pensiones y jubilaciones no sea inferiores al salario mínimo urbano⁹.

A raíz del precepto legal, cada vez que el Ejecutivo Nacional fija un aumento al salario mínimo a los trabajadores activos, conforme al artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se garantiza también el mismo valor a los pensionados y jubilados, sin embargo resulta oportuno aclarar que la homologación no se aplicó en primer momento a todas las pensiones, al efecto estuvo excluido la pensión de sobreviviente del IVSS, tema que será desarrollado más adelante¹⁰.

⁷ Adicionalmente el referido precepto legal indica, que el Estado garantizará a los ancianos y a las ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, está obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantizará atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida.

⁸ *La Seguridad Social en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Ed. Vadell. Venezuela. 2009. p. 66.

⁹ *La jubilación frente a los cambios jurisprudenciales: Su impacto en las relaciones de trabajo*. Ensayos Laborales. Tribunal Supremo de Justicia, Colección de Estudios Jurídicos, N° 12, Caracas. 2009. p.854.

¹⁰ A continuación, se detallan una serie de actos administrativos, donde se visualizan ejemplos de aumento de la pensión y jubilación en base al salario mínimo, desde el año 2000 hasta el 2018: Decretos Nros. 892, 1.368, 1.752, 2.387, 2.902, 3.628, 4.446, 5.318, 6.051, 6.060, 7.237, 8.167, 8.920, 503, 1.431, 2.056, 2.504, 3.232, 3.601, 3392, publicadas en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana

En igual sentido, en virtud de la regularización de la homologación en la Constitución, surgieron reclamos ante los Tribunales y por consiguiente pronunciamientos por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, indicando que la pensión no puede ser inferior al salario mínimo urbano, como lo ordena el artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹¹.

IV. HOMOLOGACIÓN DE LAS PENSIONES DEL SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO

Desde el año 2000, el asegurado por pensión de vejez, pensión de invalidez e incapacidad parcial por el IVSS, se le destinó el pago de la pensión en base al salario mínimo, conforme al artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; sin embargo cabe destacar que a pesar del precepto legal, de todas formas el Ejecutivo Nacional cada vez decretaba un aumento salarial lo extendía dentro del acto administrativo a los pensionados, situación que ocurrió hasta finales del año 2018 a la actualidad, que se está aplicando de forma automática.

Situación distinta ocurrió con la pensión de sobreviviente, en razón que fue a través de la reforma de la Ley del Seguro Social del año 2008, identificada como Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Seguro Social, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.976 del 24-05-2010, que se acreditó la homologación del pago a esta pensión, modificándose el artículo 34, estableciendo que el monto total de la pensión de sobreviviente no podrá ser inferior al salario mínimo nacional.

V. HOMOLOGACIÓN DE LAS JUBILACIONES Y PENSIONES EN EL SECTOR PÚBLICO

Desde el año 1986, en la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, el sistema de jubilaciones y pensiones estaba regida por la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública, Nacional, de los Estados y de los Municipios¹².

Posteriormente, la referida norma fue sujeta a varias reformas, hasta que en el año 2014, se publicó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Trabajadores y las Trabajadoras de la Administración

de Venezuela Nros. 36.988 del 07-7-2000, 37.239 del 13-07-2001, 5.585 del 28-04-2002, 37.681 del 02-05-2003, 37.928 del 30-04-2004, 38.174 del 27-04-2005, 38.426 del 28-04-2006, 38.674 del 02-5-2007, 38.921 del 30-04-2008, 39.153 del 03-04-2009, 39.372 del 23-02-2010, 39.660 del 26-04-2011, 39.908 del 24-04-2012, 40.275 del 18-10-2013, 40.542 del 17-11-2014, 40.769 del 19-10-2015, 41.019 del 28-10-2016, 6.354 del 31-12-2017, 6.403 del 31-08-2018, 41.387 del 30-04-2018.

¹¹ En ese sentido, la Sala considera que la pensión de jubilación, por definición, si bien debe ser calculada sobre la base de los últimos sueldos que percibió el beneficiario de la misma, no puede ser inferior al salario mínimo urbano, tal y como lo ordena el artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. De allí que, en el caso de autos, al no tomarse en cuenta ni considerar el cumplimiento de la disposición constitucional para el cálculo de las pensiones de jubilación, se vulneró ese derecho constitucional. Vid. *Selección de la Jurisprudencia de la Sala Constitucional, Enero 2000-Junio 2007*, Colección Doctrinal Judicial Derecho Constitucional del Trabajo N° 21-2007. Sentencia N° 3 de fecha N° 25 de enero de 2005, caso: CANTV. pp. 92-93.

¹² Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.850 Extraordinario del 18 de julio de 1986.

Pública Nacional, Estatal y Municipal¹³.

Cabe destacar, que a partir de la creación de la mencionada norma hasta su penúltima reforma se estableció que el monto de la jubilación que corresponda al funcionario y empleado será el resultado de aplicar al sueldo base, el porcentaje que resulte de multiplicar los años de servicio por un coeficiente de 2,5; donde la misma no podrá exceder del ochenta por ciento (80%) del sueldo base¹⁴.

En este sentido, si del resultado del cálculo arrastraba un monto por debajo del sueldo mínimo, el organismo aplicaba de forma automática el artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Un hecho similar sucedió con los trabajadores de la Compañía Anónima Nacional de Teléfonos de Venezuela (CANTV), que al reclamar el ajuste de la pensión de jubilación, la Sala acordó que se realice el recálculo con los incrementos declarados a favor del personal activo de la empresa, pero acordando que en caso de que la pensión ajustada resulte inferior al salario mínimo urbano, debían ser homologada al mínimo¹⁵.

Luego con la última reforma de la referida norma, se modificó la redacción de los preceptos legales referentes al monto de la jubilación, la pensión de discapacidad y la pensión de sobreviviente.

Al respecto, se establece que la jubilación podrá ser hasta un máximo de ochenta por ciento (80%) del salario base por el trabajador o trabajadora y *nunca será menor al salario mínimo nacional vigente* (artículo 11).

En cuanto a la pensión de discapacidad indica que es otorgada por la máxima autoridad del organismo, cuyo monto de la pensión será un máximo del setenta por ciento (70%) del último salario normal y *nunca será menor al salario mínimo nacional vigente* (artículo 15); y por parte de la pensión de sobreviviente señala, que el monto será igual al setenta y cinco por ciento (75%) de la jubilación correspondiente y se distribuirá por partes iguales entre los beneficiarios y beneficiarias, y que en *ningún caso el monto total de la pensión de sobreviviente podrá ser inferior al salario mínimo nacional* (artículo 18).

De este modo, en vista que el monto de la jubilación y las pensiones es por un porcentaje que no cubre el cien por ciento (100%) del sueldo normal o de la jubilación (en caso de la pensión de sobreviviente), es por ello que al ser calculadas pueden arrojar un monto por debajo del salario mínimo obligando la norma su homologación automática.

No obstante, a pesar de la coetilla sentada por la norma en cada beneficio, que precinta una advertencia del pago mínimo de la pensión, igualmente el Ejecutivo Nacional cada

¹³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.156 Extraordinario del 19 de noviembre de 2014.

¹⁴ La penúltima norma constituyó la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.976 Extraordinario, de fecha 24-05- 2010.

¹⁵ Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nro. 0400 del 7-04-2014.

vez que decretaba un aumento al salario adicionaba una disposición extendiendo dicho beneficio a los jubilados y pensionados del sector público, situación que ocurrió hasta finales del año 2018, siendo que posteriormente lo aplican sin instrucción adicional simplemente ejecutan lo indicado en la norma.

De este modo, dentro del régimen especial que ostenta los trabajadores del sector público se aplicó de distintas formas medidas que convalidará la homologación de la pensión al salario mínimo nacional.

Ahora bien, hay otro detalle dentro de este régimen que lo diferencia de la pensión de vejez que otorga el IVSS, y es que constituye que el monto de la jubilación puede ser revisado periódicamente, tomando en cuenta el nivel de remuneración que para el momento de la revisión tenga el último cargo que desempeñó el jubilado o jubilada.

Esto quiere decir, que el monto de la pensión de jubilación se reajustará, conforme a la remuneración del último cargo desempeñado por el jubilado o pensionado dentro del organismo, con el fin de mantenerse en el mismo nivel de rango del cargo por el cual se jubiló, y en caso que se hubiese eliminado, se tomará en consideración como base la remuneración del nuevo cargo equivalente o superior al eliminado¹⁶.

A tal efecto, la previsión de la revisión del monto de la jubilación siempre se ha establecido en la Ley que regula el régimen de jubilación y pensión (actualmente en el artículo 14), comprendiendo otra modalidad de homologación en que a medida que se aumente el salario al personal activo del sector público, cada institución revisara el monto de la jubilación tomando en consideración el monto del salario mensual que fue sujeto a incremento que para el momento de la revisión tenga el último cargo con el que se otorgó el beneficio de jubilación.

Jesús Caballero Ortiz, comenta que el reajuste de la jubilación es a los fines de que el jubilado no sufra un deterioro en su poder adquisitivo, dado los continuos incrementos del costo de la vida¹⁷.

Este ajuste también se extiende cuando el jubilado reingresa a la Administración Pública a desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, debiéndose tomar en cuenta para el recálculo los años de servicios prestados durante su reingreso.

En este sentido, cuando se produzca el egreso del funcionario se restituirá el pago de la

¹⁶ Al respecto la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 00053 del 14-2-2019, referente a la solicitud de aclaratoria a la sentencia N° 01243 del 29 de noviembre de 2018, donde se reclamó la homologación de la jubilación y pensión de los ex-trabajadores del Consejo Nacional Electoral, estableció que “la jubilación y por ende, la homologación de las pensiones de jubilación, son materia de orden público, por lo que la actualización constante de las mismas es un derecho constitucional del jubilado, siendo el propósito de la revisión pertinente a tal efecto, el reajuste del monto de la pensión de jubilación, conforme a la remuneración del último cargo desempeñado por el jubilado o pensionado, en el entendido que fue en ese cargo en el que se jubiló, debiendo calcularse la misma con los conceptos laborales comunes al activo (por ejemplo prima de antigüedad y profesionalización), pues debe mantener el mismo nivel del rango con el que se jubiló. Y en caso de que hubiere sido eliminado, debe tomarse como base la remuneración del nuevo cargo equivalente o superior al eliminado, nunca inferior, ajustándose el monto causado a favor del beneficiario”.

¹⁷ Jesús Caballero Ortiz. *El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público*. Ed. Paredes. 2006. p. 183.

jubilación, recalculándose ésta en base al sueldo percibido en el último cargo y el nuevo tiempo de servicio prestado¹⁸.

De este modo, este complemento de la jubilación viene dada por el hecho que al momento que el funcionario reingresa el monto que percibe es superior del que se le cancela por jubilación, operando indirectamente un reajuste no en los términos de la Ley, pero sí en su esencia, porque paralelamente van corriendo, la jubilación suspendida y el sueldo que devenga o devengó y precisamente cuando finalicen las labores de reingreso, ambas prestaciones o pagos deberían compatibilizarse.

Ahora lo que se homologa entre un funcionario activo con el jubilado es el salario base y las compensaciones de antigüedad y servicio eficiente, que en caso de resultar inferior al salario mínimo el mismo debe ser equiparado, no obstante es importante aclarar que generalmente existirá una diferencia de remuneraciones entre el funcionario activo y el jubilado, en razón que el personal activo podría percibir primas que forma parte del salario mensual pero que no son extensibles al personal jubilado, como por ejemplo la prima de profesionalización, prima de hijos, entre otros.

En referencia a esta diferenciación, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1342 del 16-10-2013, indicó: *“(...) que la diferenciación de remuneraciones entre funcionarios activos y jubilados, tiene un origen fiscal, ya que los funcionarios activos se encuentran sujetos a todas las cargas tributarias y parafiscales vinculadas a la generación de riqueza (vía trabajo, comercio o ejercicio profesional), mientras que los funcionarios jubilados se encuentran exencionados de las mismas”*.

La mencionada Sala estableció, que la diferenciación no tiene por finalidad desmejorar la condición económica de los jubilados en relación con los empleados activos, sino compensar ambos ingresos, sobre la base de que los empleados activos tienen obligaciones tributarias que no se aplican a los jubilados.

En fin, el ajuste de la pensión, va dirigida a garantizar el derecho de los jubilados a percibir los aumentos de sus pensiones en forma proporcional a los incrementos salariales, referente al salario base y las compensaciones de antigüedad y servicio eficiente.

VI. TRABAJOS ATÍPICOS O A TIEMPO PARCIAL

Es diferente la situación cuando la relación desempeñada no está exclusivamente dirigida a una institución, sino que la persona labora en varios lugares, como es el caso de quienes ejercen cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes, que inclusive prestan labores a tiempo parcial, y que se le exige a una única entidad de trabajo correr con el pasivo.

Tal es el caso, que en el Reglamento de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Administración Pública Nacional, de los Estados y los Municipios, establece que sí el funcionario o empleado hubiere prestado servicios en varios organismos o entes, corresponderá al último tramitar la

¹⁸ Idem.

jubilación (artículo 19).

En relación a esto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia indicó que otorgar de forma inmediata y plena el mismo monto de jubilación a aquellos trabajadores que se encuentran en condiciones de dedicación y permanencia a tiempo parcial o convencional que aquellos que obtuvieron el beneficio tras una relación de trabajo a dedicación exclusiva, al encontrarse en situaciones jurídicas diferenciadas que impiden que perciban el mismo monto por un trabajo que no fue prestado en igual dedicación, contraviene al derecho a la igualdad¹⁹.

De acuerdo con las consideraciones de la Sala Constitucional de la parte in fine del artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, determina en principio que las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de seguridad social no podrá ser inferior al salario mínimo urbano, no obstante establece la excepción en aquellos casos de trabajadores que mantuvieron relaciones de trabajo atípicas o a tiempo parcial, la jubilación que se otorgue responderá a las condiciones que ostentaba al momento de solicitud, en cuanto al cargo y al monto percibido, a la dedicación parcial prestada, y en esa proporción será realizado el cálculo de la misma.

Además, la actualización u homologación se efectuará en atención al aumento del salario básico acordado para el trabajador conforme al escalafón salarial en la cual se encontraba al momento de optar a tal beneficio laboral más el disfrute del resto de los beneficios complementarios o inherentes que englobe, siempre determinándose conforme se desarrolló la relación laboral, cuando no se mantiene una dedicación exclusiva.

VII. HOMOLOGACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN, REGIDAS POR CONTRATACIÓN COLECTIVA

Otro caso a detallar, es en relación al beneficio de jubilación otorgada por contrato colectivo, a través de empresas privadas.

En Venezuela, son contadas las empresas privadas que otorgan el beneficio de jubilación a sus empleados, entre ellas podemos mencionar Cervecería Polar; Banco Occidental de Descuento, Banco Universal C.A; Baneso Banco Universal; entre otros, de los cuales no están eximidos de la homologación de la pensión y jubilación.

En el ámbito judicial, han surgido demandas por parte del personal de Banesco, Banco Universal, solicitando que se condene a la referida sociedad mercantil el pago del beneficio de jubilación teniendo como parámetro “los salarios básicos de los homólogos activos”.

Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estableció en

¹⁹ Sentencia N° 0809 del 28-11-2018, referente a un recurso de interpretación de la parte in fine del artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en razón de lo plasmado en la contratación colectiva entre la Universidad Santa María (institución académica privada) y la Asociación de Profesores donde establece la concesión del beneficio de jubilación, resultando la inquietud en determinar en qué proporción debe ser pagado el beneficio de la jubilación de los trabajadores que la obtuvieron, y que mantuvieron una relación de trabajo por jornada parcial o convencional, por motivo que la referida disposición legal no lo establece.

sentencia N° 721 del 14-08-2017: “(...) que la pensión por jubilación que corresponde a los trabajadores solicitantes, ha de tener como base el salario mínimo urbano, salvo que dicho monto resultase menor al que por salario básico correspondía a esos trabajadores para el momento de su jubilación”.

En este sentido, la Sala Constitucional no estuvo de acuerdo con la homologación de la pensión en base a los salarios básicos del personal activo, en razón que la cláusula 23 de la contratación colectiva que rige al personal de Banesco, Banco Universal (institución que absorbió al entonces Banco Unión), se encontraba caduca, cuya vigencia de lo allí pactado comprendía por dos (2) años, donde su aplicación no era indeterminada en el tiempo, sin embargo tampoco excluyó por considerar que vulneraba un derecho constitucional que los jubilados percibiera una pensión por debajo del salario mínimo.

Por otra parte, mencionaremos el caso de los pensionados del Banco Occidental de Descuento, C.A, cuyo beneficio de jubilación está regulado por contratación colectiva 2007-2010, y al efecto el personal pensionado demanda a los fines que se le reconozca la homologación de la pensión y jubilación al salario mínimo urbano²⁰.

Al respecto, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, determinó que resulta procedente la homologación de la pensión por jubilación de forma vitalicia al salario mínimo correspondiente decretados por el Ejecutivo Nacional, en razón que el monto percibido por concepto de jubilación no puede ser inferior al salario mínimo, de conformidad con lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la que se protege el derecho a una vida digna de los jubilados²¹.

En tal sentido, la regla principal es que los entes de derecho público y privado, que implementen mecanismos alternativos de planes de jubilación o pensión, inclusive aquellos derivados de convenciones colectivas o laudos arbitrales, la cantidad que pagan por los sistemas alternativos de jubilaciones o pensiones a todos sus beneficiarios debe ser mayor o igual al salario mínimo urbano decretado por el Ejecutivo Nacional, porque en caso contrario atentaría con el Estado Social de Derecho y Justicia²².

En este orden de ideas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión N° 721 del 14 de agosto de 2017 (caso: Banesco, Banco Universal, C.A.) indicó, que a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y específicamente con el desarrollo que ha tenido el artículo 80, así como en aplicación del principio de equidad dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, la tendencia es procurar la homologación entre trabajadores activos y jubilados, en lo referente a materia salarial y beneficios sociales, reconociéndose cada vez más el valor social que tienen los ciudadanos de la tercera edad, sector poblacional que se ha visto incrementado por el aumento de la expectativa de vida del venezolano²³.

²⁰ Cabe destacar, que el régimen de jubilación otorgado a sus trabajadores es adicional al que fuera pagado por el Seguro Social, y no es complementaria.

²¹ Sentencia N° 0801 del 2-11-2018.

²² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 3 del 25 de enero de 2005 (Caso: Luis Rodríguez Dordelly y otros), ratificada en sentencia N° 1171 del 15 de diciembre de 2016 (Caso: Banco Occidental de Descuento, Banco Universal C.A.).

²³ Asimismo, indicó la Sala que la pensión de jubilación tiene una naturaleza alimentaria, advirtiéndose

En base a las anteriores consideraciones, la Sala exhortó tanto a las empresas públicas como a las privadas, en estar atentas a las variables socioeconómicas que puedan afectar tanto a trabajadores activos como a jubilados, a los fines que se adopten progresivamente las condiciones y beneficios que se le puedan brindar a la nómina pasiva en proporción del bienestar de la nómina activa de los trabajadores.

Por ello, que las empresas privadas e inclusive las instituciones financieras privadas, que tienen establecido por contratación colectiva en pro de los trabajadores, el beneficio de pensión y jubilación están sujetas a la aplicación del artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debiendo homologar el sistema de remuneraciones por igual o encima del salario mínimo, en razón que el objetivo de la jubilación es que la persona mantenga la misma o una mayor calidad de vida de la que tenía, producto de los ingresos que ahora provienen de la pensión de jubilación.

VIII. CONCLUSIONES

La lucha por parte de los trabajadores, jubilados y pensionados constituyó la fuente del reconocimiento de la homologación de las pensiones y jubilaciones, resultando el reflejo de las situaciones problemáticas tales como el factor político, la falta de capacidad gerencial, la corrupción y la falta de impulso por parte de los gobernantes, que ha tenido que afrontar la Seguridad Social en Venezuela, a través de su historia.

Este esfuerzo logró la aprobación de varias medidas legislativas, en primer lugar la Ley de homologación de las pensiones y jubilaciones al salario mínimo nacional, la cual fue omitida pero aún está en vigencia, y en segundo lugar la inclusión de una disposición constitucional (artículo 80), que establece entre otras cosas la homologación de las pensiones y jubilaciones al salario mínimo.

Con la inclusión del precepto legal en el año 2000, que fue ejecutada inmediatamente, originó la garantía de cancelar las pensiones y jubilaciones no inferiores al salario mínimo, situación que no sucedió así con la pensión de sobreviviente que otorga el IVSS, por motivo que luego de haber transcurrido nueve años, con la promulgación del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Seguro Social (2010), es que se reconoció el pago en base al salario mínimo a diferencia de la pensión de vejez, invalidez e incapacidad parcial.

Por otra parte, se destaca que posteriormente el Ejecutivo Nacional empleó otros mecanismos de garantía del pago de la pensión y jubilación, cada vez que fijaba un aumento al salario mínimo.

Dichos mecanismos conformaron en actos administrativos (decretos) que fueron dictados de forma concurrente en el tiempo, hasta que, a finales del año 2018, a raíz de los cambios económicos donde se implementó la reconversión monetaria se aplicó de forma automática, es decir se retornó al pasado, a medida que anuncia un aumento al salario mínimo-*sin esperar que se dicte un decreto*-se ajusta seguidamente el monto de

inclusive que constitucionalmente está garantizada su equiparación al salario mínimo, toda vez que la misma permite al trabajador pensionado, por lo menos, la satisfacción de sus necesidades fundamentales y las de su núcleo familiar, dentro del principio de justicia social que informan al derecho del trabajo y a la seguridad social.

las pensiones y jubilaciones.

En este sentido, es evidente que el artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, instaura un derecho social que propugna el principio de progresividad de las pensiones y jubilaciones, garantizando su homologación al salario mínimo, y por lo tanto cerrando la brecha en cuanto no pueden ser canceladas por un monto inferior.

Su objetivo al crearse se destina en coadyuvar al desenvolvimiento del ser humano y garantizar al pensionado y jubilado un ingreso periódico tendiente a cubrir sus gastos de subsistencia, de que gocen de una vida digna en retribución de los años de servicios prestados en una determinada empresa o institución.

Y es en efecto, observamos como la Sala Constitucional y la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia han sentado en diferentes decisiones que a partir de la entrada en vigencia del artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se procura aplicar la homologación de la pensión y jubilación e incluso el ajuste entre trabajadores activos y jubilados, en lo referente a la materia salarial y beneficios sociales, reconociéndose el valor social que tienen los ciudadanos de la tercera edad, con el fin de proveerle una cantidad justa que garantice la calidad de vida en retribución por los servicios prestados.

De este modo, establecer como tope de la pensión y jubilación un monto equivalente por igual o superior al salario mínimo, conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela promueve en garantizar a los trabajadores, pensionados y jubilados cubrir sus necesidades básicas y tener una calidad de vida, porque el caso contrario de omitir su ajuste conllevaría a la persona a percibir una cantidad que a lo mejor en principio es adecuado, pero a medida que pasa los años en virtud de las causas ajenas como la inflación, la cantidad a percibir resultaría irrisoria lo que no sería suficiente para detentar un nivel de vida apropiado durante la vejez, vulnerando los artículos 80 y 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por ello, que en Venezuela la homologación al constituir un derecho constitucional, es de carácter imperante que tanto las empresas privadas y las instituciones públicas que han establecido diferentes sistemas de pensiones y jubilaciones deban aplicarla inmediatamente sin esperar una instrucción, ya que no es una facultad es una obligación de hacer, donde se considerará una cantidad distinta en aquellas relaciones que se desarrollaron de forma atípica, cuya equiparación no vulnera a quienes se dedicaron de manera exclusiva a un único patrono.

Ahora bien, Venezuela en estos últimos siete años ha manifestado una fuerte crisis económica, asentándose cada día con mayor rigidez, que opaco ese logro alcanzado no coadyuvando a demostrar frutos positivos en cuanto la homologación de las pensiones y jubilaciones, en razón que durante dicho período la pensión mínima vital no ha permitido por los cambios en el costo de la vida la satisfacción de las necesidades básicas (alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, asistencia sanitaria, transporte y esparcimiento), sin embargo no podemos obviar que fuera de este escenario la homologación tuvo en su respectiva época resultados efectivos, esperando que retorne nuevamente su verdadera finalidad como un derecho social que fue creado

con el objetivo de asegurar durante la vejez o incapacidad un nivel de vida acorde con la dignidad humana, a través de la percepción de un ingreso periódico tendiente a cubrir a las personas sus gastos de subsistencia.



Recibido: 15.01.2019. Aceptado: 22.04.2019

PROCEDENCIA DE LAS PRESTACIONES DE MATERNIDAD EN LA GESTACIÓN SUBROGADA

GRANTING MATERNITY BENEFITS IN SURROGATE MOTHERHOOD

VERÓNICA LIDIA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Profesora Investigadora de Derecho de la Seguridad Social. Facultad de Derecho

Universidad Anáhuac, Campus Norte. México.

marb_cap@hotmail.com

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7927-3006>

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la procedencia de las prestaciones de maternidad en favor de las parejas que recurren a la gestación subrogada y cumplen con los requisitos establecidos en el sistema de Seguridad social correspondiente, a partir del derecho a tener una familia que brinde protección y cuidados al menor, el principio del interés superior el menor, así como el derecho de igualdad y el principio de no discriminación, cuya aplicabilidad ha sido decretada por los organismos de derechos humanos y los operadores jurisdiccionales en las sentencias dictadas. Asimismo, en el último apartado nos ocupamos del estudio de los derechos derivados de la Seguridad social y el sistema de seguros sociales como derechos subjetivos que también motivan y fundamentan la procedencia de las prestaciones de maternidad en los casos que tiene lugar el denominado alquiler de vientre.

PALABRAS CLAVE: Seguridad social, principios, prestaciones de maternidad, maternidad subrogada, contratos de maternidad subrogada.

ABSTRACT

This paper analyzes the granting of maternity benefits in favor of couples who resort to surrogate pregnancy and comply with the requirements established in the corresponding social security system, from the right to have a family that provides protection and care to the child, the principle of the best interests of the child, as well as the right to equality and the principle of non-discrimination, whose applicability has been decreed by human rights organizations and jurisdictional operators in the judgments handed down. In addition, in the last section, we deal with the study of the rights derived from social security and the social insurance system as subjective rights that also motivate and base the origin of maternity benefits in the cases that take place the so-called belly rent.

KEY WORDS: Social security, principles, maternity benefits, surrogate motherhood, and surrogacy arrangement.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. EL DERECHO A UNA VIDA FAMILIAR

III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

IV. EL DERECHO DE IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

V. LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL SISTEMA DE SEGUROS SOCIALES

VI. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

De forma equívoca es común utilizar como sinónimos los términos esterilidad e infertilidad, cuando desde el punto de vista médico, la esterilidad se refiere a la imposibilidad absoluta e irreversible de concebir¹ indica imposibilidad de efectuar la fecundación.² Mientras que en la infertilidad femenina es posible la fecundación, pero se trata de la patología propia de una mujer que no es capaz de lograr la viabilidad fetal³ ante la pérdida sucesiva y reiterada de embarazos, una vez que han sido logrados. Cuando se presenta la esterilidad o la infertilidad no puede ser resuelta por vía quirúrgica o a través de tratamientos farmacológicos y surge la posibilidad de recurrir a la reproducción asistida.

Las técnicas de reproducción asistida consisten en aquellas formas artificiales de aplicación científica y tecnológica (biotecnología) que permiten la reproducción humana sin emplear la forma natural de procreación.⁴ Por lo menos, este tipo de técnicas se presentan bajo las formas de inseminación artificial homóloga (IAH), heteróloga (IAD) e intraperitoneal (IAI), fecundación in vitro, fecundación con transplantes de embriones (FIVTE), transferencia intrauterina de gametos (TIG), transferencia de cigotos (preembriones en los primeros estadios de la fecundación) a las trompas de Falopio (ZIFT), transferencia de embriones en las trompas de Falopio en estadios más avanzados de desarrollo (TET), la inyección intracitoplasmática (ICSI), la transferencia de pronúcleos a las trompas de Falopio (PROST), la colocación de ovocitos y espermatozoides en el útero (TOAST) y la maternidad subrogada.

En la actualidad el alquiler de vientre se practica en países en los que se encuentra legalizado su ejercicio (como es el caso de México, Ucrania, India, Canadá, Grecia, Australia y Tailandia) así como en aquellos en los que se prohíbe por considerar que atenta contra la dignidad del ser humano, favorece el abandono, el tráfico y la venta de menores.

Y es que consideramos que el denominado alquiler de útero evidencia el retraso que existe en el ámbito jurídico respecto a la regulación de su praxis y de sus efectos que impactan no sólo en la esfera íntima de las personas que recuren a ella, sino trastocan todo el derecho, por lo que se derrumba la infranqueable dicotomía entre lo público, lo privado y lo social.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, subrogar es sinónimo de sustituir, que significa poner a una persona o cosa en lugar de otra.⁵ De ahí que la maternidad subrogada es la práctica mediante la cual una mujer fértil gesta en su vientre una criatura para otra mujer con la intención de entregarla después de que nazca.

¹ Farnós Amorós, Esther.; *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Barcelona. Atelier. 2011, p. 27.

² Loyarte, Dolores y Rotanda Adriana.; *Procreación humana artificial; un desafío bioético*. Buenos Aires, Depalma. 1995. p. 83.

³ Soto Lamadrid, Miguel Ángel *Biogenética, filiación y delito.; La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*. Argentina. Astrea. 1990, p. 315.

⁴ Valdiviezo García, Marcelo.; “La ingeniería genética y la maternidad asistida”. en *Revista Jurídica. Órgano Oficial del Colegio de Abogados de la Libertad. Perú*. número 134 (enero 1996-julio 1999), p. 141.

⁵ Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la lengua española, disponible en <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=hlh6tqjTwD=hlh6tqjTwDXX2HZmVhhU> (fecha de consulta 2 de diciembre de 2018).

La maternidad subrogada no es una técnica de reproducción artificial, sino un acto⁶ al que se recurre como consecuencia de la posibilidad de practicar una inseminación artificial o una fecundación in vitro, que emplea otro vientre y no el de la que desea la reproducción por la carencia congénita de ovarios o útero (síndrome de *Rokitanski*), la práctica de una histerectomía, al existir anomalías en la matriz o la presencia de una enfermedad grave que desaconseje el embarazo, además de los casos de las parejas homosexuales y personas solteras.

Conforme a la aportación de los gametos, la maternidad subrogada puede presentarse bajo las siguientes modalidades:

a. Subrogación total, plena o tradicional. En este caso la mujer contratada es inseminada y aporta sus propios óvulos, pero después de la gestación y el parto entrega al producto de la concepción. En la mayoría de las veces se insemina con el espermatozoides del padre comitente, aunque también puede ser el espermatozoides de un donante.⁷

b. Subrogación parcial o gestacional. En este método, al implantar los gametos en la madre subrogada mediante fertilización in vitro, da lugar a que el óvulo pueda pertenecer a la madre comitente o a una donante, pero no a la gestante, mientras que el espermatozoides puede ser aportado por el padre comitente o un donante.⁸

De acuerdo al fin, la gestación subrogada se distingue en:

a. Subrogación altruista. Se presenta cuando la madre *gestadora* (sic.) acepta llevar el procedimiento de maternidad subrogada de manera gratuita al existir lazos de amor, amistad o parentesco con la pareja contratante.⁹

b. Subrogación onerosa. En esta modalidad la madre gestadora recibe de la pareja contratante una contraprestación por concluir el embarazo y entregar al producto de la concepción al nacer.

Con independencia de los argumentos en favor de las distintas modalidades de la maternidad subrogada y de su disímil reglamentación en los países que se permite su praxis, la nulidad de los instrumentos o contratos de subrogación de vientre, no exime a las partes, a los estados y a la sociedad de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia, ni de los derechos que tienen los menores que son resultado del empleo de los métodos de reproducción asistida, además de las repercusiones jurídicas de índole familiar (filiación, registro de los menores, sucesiones), civil (naturaleza, elementos de existencia y validez del

⁶ Cumpiano Alfonso, Flavio.; “¿Bebés a la orden? Consideraciones ético-jurídicas de la maternidad subrogada”. en *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*. Puerto Rico. volumen 56. 1 (enero-marzo de 1995), p. 78.

⁷ Ortiz Sánchez, Ricardo “Gestación subrogada”, en *Revista Jurídica de Puerto Rico*, Puerto Rico, volumen 76, 4 (2007), p. 1200.

⁸ *Ibidem*, p. 1200.

⁹ Hernández Ramírez, Adriana y Santiago Figueroa, José Luis.; “Ley de Maternidad Subrogada en el Distrito Federal”. en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México. nueva serie. XLIV. 132 (septiembre-diciembre de 2011), p. 1341.

contrato de subrogación), penal (punibilidad, responsabilidades de médicos y laboratorios), en materia de derechos humanos (reproductivos, de salud, laborales), así como en el ámbito de la seguridad social y de los seguros sociales, cuya procedencia de sus prestaciones, en favor de las parejas homosexuales y heterosexuales que llenen los requisitos legales exigidos por sus correspondientes esquemas de seguridad social, se considera que puede motivarse y fundamentarse en los siguientes derechos y principios:

1. El derecho a tener una familia que brinde protección y cuidados al menor;
2. El principio del interés superior del menor;
3. El derecho de igualdad y el principio de no discriminación, y
4. Los derechos derivados de la seguridad social y el sistema de seguros sociales.

Desde el punto de vista metodológico, con base en la doctrina y en la interpretación que han realizado los distintos organismos de derechos humanos, así como en las resoluciones emitidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos, el Tribunal Supremo de Alemania y las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña, Madrid, Castilla-La Mancha, Murcia, Canarias y del Tribunal Supremo en España, consultadas en sus páginas oficiales, se analiza la procedencia de las prestaciones de maternidad en la gestación subrogada a partir de los enlistados derechos y principios.

II. EL DERECHO A UNA VIDA FAMILIAR

En la actualidad, la familia como unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los menores¹⁰ debe interpretarse en un sentido amplio, lo que permite incluir a los padres biológicos, adoptivos o de acogida y, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local.¹¹ Bajo esta línea, la noción de familia al no quedar reducida a las relaciones derivadas del matrimonio, puede incluso englobar otros vínculos familiares de facto, como cuando las partes cohabitan fuera de cualquier vínculo marital o la inexistencia del vínculo biológico.¹²

Todos los niños y niñas tienen derecho a una vida familiar,¹³ en donde aprenden desde pequeños los valores y pautas que servirán como base para sus relaciones con otros sujetos en su entorno, además de que le son cubiertas sus necesidades afectivas, culturales y

¹⁰ Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de los Niños, en <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, (fecha de consulta 23 de septiembre de 2018).

¹¹ Ibidem. Artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de los Niños.

¹² La noción de familia ha sido establecida en los casos Johnston contra Irlanda, Sentencia 9687/82 de 18 diciembre 1986; Berrehab contra Holanda, Sentencia 10730/84 de 21 junio 1988; Keegan contra Irlanda, de 26 de mayo de 1994, recurso n.º 16969/90; Kroon contra Holanda, de 27 de octubre de 1994, recurso n.º 18535/91; Y., Y., Z. contra Reino Unido, de 27 de octubre de 1997, recurso n.º 21830/93; Wagner contra Luxemburgo, de 28 de junio de 2007, recurso n.º 76240/01 y Moretti y Benedetti contra Italia, 27 abril 2010, recurso n.º 16318/07, en Tribunal Europeo de Derechos Humanos; disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["FRE"\],"iternid":\["001-150770"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (fecha de consulta 24 de septiembre de 2018).

¹³ Artículo 16 de la Convención sobre los Derechos de los Niños, op. cit.

materiales hasta que son capaces de satisfacerlas por sí mismos. Incluso el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho de los menores a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

El deber de cuidado durante la niñez es indefectible, debido a que el individuo es un ser desprotegido y necesitado que requiere de la ayuda y protección de sus padres (sin importar su condición o preferencias sexuales) para asegurarle una existencia digna con independencia de la forma en que fue concebido. El estado de debilidad y la desnudez con que nace el ser humano; el número y la duración de los cuidados que requiere, imponen a sus padres deberes que no se llenan en un día y que forman el sólido fundamento de todas las relaciones familiares.¹⁴

El Comité de los Derechos del Niño ha determinado en la Observación General número 14 de 2013 que su objetivo no se expresa con la fórmula limitada o negativa "para proteger al niño de daños," sino en relación con el ideal amplio de garantizar el bienestar y el desarrollo del niño que abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas,¹⁵ dentro de las que se ubican las afectivas y de seguridad¹⁶ es decir, el derecho de todo menor a la protección integral.

Además de las necesidades básicas sobre las que se edifican los derechos de los menores, existen las necesidades radicales, de mantenimiento y las de mejora. La finalidad de la satisfacción de las necesidades radicales es que se den las condiciones mínimas para que la vida humana sea viable. Por su parte, la satisfacción de las necesidades de mantenimiento procura que no disminuyan las condiciones que permiten gozar de la libertad, como no interferencia¹⁷ según se deducen de una condición humana en niveles normales y generalizados. Y, por último, la satisfacción de las necesidades de mejora su objeto es la optimización de las posibilidades de crecimiento y desarrollo de los menores como un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social.¹⁸

Los distintos niveles de necesidades constituyen deberes que no sólo requieren de ser atendidos por la familia, cuya función social es proveer a sus miembros de lo indispensable para un desarrollo humano pleno e integral,¹⁹ sino también el Estado está legalmente obligado

¹⁴ Planiol, Marcel y Ripert, Georges.; *Derecho civil*. Traducción de Leonel Pérez-Nieto Castro. México. Harla. 1997, p. 103.

¹⁵ Comité de los Derechos de los Niños, Observación General número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párrafo 19; disponible en http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf (fecha de consulta 22 de septiembre de 2018).

¹⁶ *Ibidem*, párrafo 71.

¹⁷ La libertad negativa o autonomía privada se concibe como la posibilidad de obrar o no obrar, es decir, como un espacio irreductible e inatacable de la persona frente a variadas intromisiones externas.

¹⁸ Comité de los Derechos de los Niños, Observación general N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos de los Niños, párrafo 12, 27 de noviembre de 2003; disponible en <http://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/G034/G0345517.pdf>, (fecha de consulta 3 de noviembre de 2018).

¹⁹ Pérez Contreras, María de Montserrat.; *Derechos de los padres y los niños*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Cámara de Diputados LVII Legislatura. 2000, p. 4.

a resguardar la estabilidad de los menores en su núcleo familiar, evitar y paliar situaciones de desprotección en que los menores se hallen privados de los elementos necesarios que contribuyen a su desarrollo y al goce de sus relaciones familiares. Cuando los distintos tipos de necesidades básicas son asumidas formalmente por el Estado (*accountable*) se da paso al surgimiento de los derechos sociales que suponen la escisión entre derechos y necesidades.²⁰

Dentro de los derechos sociales, los permisos de maternidad y paternidad comparten un objetivo común que es prioritario y fundamental: la protección de las relaciones entre los padres y los menores durante el período postparto, al evitar que la acumulación de las cargas que derivan del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturben dichas relaciones.²¹ Prevenir la separación familiar y preservar la unidad de la familia son elementos importantes del régimen de protección de todo menor, cuya base se encuentra en el artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre,²² en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²³ y en el artículo 9, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que adiciona el derecho de todo niño y niña a no ser separado de sus padres, excepto cuando tal separación es necesaria en el interés superior del menor.²⁴

Lo anterior como lo ha interpretado el Comité de los Derechos del Niño también es aplicable a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos²⁵ y a los padres subrogados de acuerdo con los criterios de los órganos jurisdiccionales.²⁶

²⁰ Prieto Sanchís, Luis.; *Estudios sobre derechos fundamentales*. España. Debate. 1990, p. 47.

²¹ Vid. Caso Hofmann, 184/83, sentencias de 12 de julio de 1984, apartado 25, en Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Sari Kiiski, asunto C-116/16, sentencia de 20 de septiembre de 2007, párrafo 46, y Caso Marc Betriu Montull, sentencia de 19 de septiembre de 2013, párrafo 50.

²² El carácter vinculante de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-10/89, de 14 de julio de 1989, "Interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, párrafo 45; disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf (fecha de consulta: 5 de septiembre de 2018). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; disponible en https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf (fecha de consulta 12 de octubre de 2018).

²³ Convención Americana sobre Derechos Humanos; disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_amerociana_sobre_derechos_humanos.htm (fecha de consulta 13 de octubre de 2018).

²⁴ Artículo 9, párrafo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño, op. cit.

²⁵ Comité de los Derechos de los Niños, Observación General número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párrafo 60, op. cit.

²⁶ Sentencias en materia de maternidad subrogada de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sentencia de 23 de noviembre de 2012 (número de resolución 7985/2012, número de recurso 6240/2011). Sentencia de 9 de marzo de 2015 (número de resolución 1760/2015, número de recurso 126/2015). Sentencia de 15 de septiembre de 2015 (número de resolución. 5214/2015, recurso 2299/2015) y Sentencia de 19 de julio de 2016 (número de resolución 4766/2016, número de recurso 2965/2016). Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: Sentencia de 18 de octubre de 2012 (número de resolución 668/2012, número de recurso 1875/2012). Sentencia de 13 de marzo de 2013 (número de resolución 216/2013, número de recurso 3783/2012). Sentencia de 17 de julio de 2015 (número de recurso 429/2015, número de resolución 625/2015). Sentencias de 16 de noviembre de 2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en España (número de recurso 3146/2014, número de resolución 953/16) Sentencia del Tribunal Superior de

En distintos fallos, los operadores jurisdiccionales han reconocido como un elemento fundamental en la vida de familia, la importancia de la protección de las relaciones entre los padres y los menores durante el periodo posterior al nacimiento del menor²⁷ y el disfrute mutuo de la convivencia entre los mismos,²⁸ los cuales también al producirse y reconocerse en el caso de la maternidad por subrogación, generan una interpretación que amplía la cobertura y el esquema de protección de los derechos de seguridad social a los padres subrogados, sin importar su condición y preferencias sexuales, y a los menores que son resultado de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, pues el órgano jurisdiccional no constriñe la regulación de las prestaciones de maternidad, a la madre biológica, sino que al condenar su otorgamiento y pago las hace extensivas por analogía a las personas que asumen la progenitura biológica (madre o padre) o una función similar (adopción, acogimiento familiar o en el alquiler de vientre).²⁹

Asimismo, conforme a la sentencia pronunciada el 16 de noviembre de 2016 por el Pleno de la Cuarta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en España, tanto las normas que regulan la suspensión por maternidad como las que articulan la prestación de maternidad desarrollan el mandato legal de protección a la familia y a la infancia, pues al ser el cuidado y atención del menor por parte de sus padres, ya sean biológicos o no, uno de los fines principales de todo sistema jurídico, es procedente el otorgamiento de las prestaciones de maternidad en favor de los padres subrogados, debido al reconocimiento que se hace de la importancia de la atención y protección de las especiales relaciones entre los padres y los menores durante el periodo posterior al nacimiento del menor.³⁰

Con lo anterior se intenta disminuir los casos de niños, que al nacer al amparo de acuerdos de maternidad subrogada, se vean privados de padres, estatus legal, bienestar físico y psicológico, además de la debida protección en todos los ámbitos de su vida, pues a pesar de que, en países como Francia, Alemania, España e Italia se ha prohibido la práctica del alquiler de vientre, lo cierto es que el menor nacido en esas circunstancias forma con los padres comitentes un núcleo familiar, del que derivan relaciones familiares de facto, y como tal deben protegerse, siendo un medio idóneo la concesión de la prestación por maternidad³¹ y paternidad, pues como lo considera el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la sentencia 881/2016, de 25 de octubre de 2016, es necesario

Justicia de Castilla la Mancha de 27 de mayo de 2015 (número de resolución 603/2015, recurso 1465/2014); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 30 de marzo de 2015 (número de resolución 292/2015, recurso 931/2014) y Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias en Las Palmas de Gran Canaria, de 4 de noviembre de 2016 (recurso 741/16).

²⁷ Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo español, de 9 diciembre 2002 (rec. 913/2002); 5 de mayo de 2003 (R° 2497/2002); 15 de septiembre de 2010 (n.° 2289/2009 de RJ 2010\7428), citadas en Sala de lo Social del Tribunal Supremo en España (número de recurso 3818/2015, Sentencia 881/2016, de 25 de octubre de 2016, op. cit.

²⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Buchberger contra Austria, Sentencia de 20 de diciembre de 2001, párrafo. 35. Caso K y T contra Finlandia, Sentencia de 12 de julio de 2001, párrafo 151. Caso Elsholz contra Alemania, Sentencia de 13 de julio de 2000, párrafo 43. Caso Btonda contra Italia, Sentencia de 9 de junio de 1998, párrafo 51 y Caso Johansen contra Noruega, Sentencia 7 de agosto de 1996, párrafo 52.

²⁹ Sentencias en materia de maternidad subrogada, op. cit.

³⁰ Sala de lo Social del Tribunal Supremo en España, número de recurso 3146/2014, número de resolución 953/16, Sentencia de 16 de noviembre de 2016.

³¹ Sentencias en materia de maternidad subrogada, op. cit.

distinguir la nulidad del contrato de gestación por sustitución establecida en el derecho español de sus efectos,³² dentro de los sobresales, la situación de necesidad del menor, a quien no puede perjudicar la nulidad del acuerdo de subrogación y privársele de sus derechos humanos, en particular el de inserción en el núcleo familiar.

III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El principio-derecho del interés superior del niño o niña o interés superior del menor tiene como ámbito de aplicación personal a todas las personas menores de dieciocho años sujetas a la jurisdicción de un Estado parte sin discriminación alguna.³³

De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, el concepto de interés superior del menor es complejo, dinámico, flexible, adaptable, evaluable en cada caso y tridimensional. La tridimensionalidad reside en que al interés superior del menor se le puede conceptualizar como derecho sustantivo, principio de interpretación y norma procedimental.

Como derecho sustantivo el interés superior es un catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como a generar las condiciones materiales que permitan a los menores vivir de manera plena y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible.³⁴ Bajo esta primera dimensión, el objetivo del interés superior del niño es garantizar el desarrollo holístico del menor,³⁵ así como el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por su parte, en su calidad de principio, el interés superior del menor sirve de directriz hermenéutica cuando una disposición jurídica admite más de una interpretación.³⁶ Bajo esta segunda dimensión, el interés del menor actúa como criterio rector en la toma de decisiones cuando se suscite un conflicto con otros intereses legítimos, como por ejemplo, el interés de los progenitores. En estos casos, la controversia deberá resolverse siempre primando el interés del menor.³⁷

Mientras que como norma de procedimiento, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un menor en concreto, a un grupo de niños y niñas en concreto o a los niños en general, el interés superior del menor opera como parámetro de estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) en el proceso de adopción de decisiones que se tomen

³² Sala de lo Social del Tribunal Supremo en España, número de recurso 3818/2015, Sentencia 881/2016, de 25 de octubre de 2016, op. cit.

³³ Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, op. cit.

³⁴ Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Apéndice 1917-Septiembre 2011. Tomo V. Civil Segunda Parte - TCC Segunda Sección - Familiar Subsección 1 -Sustantivo, Página. 1436, bajo el rubro: Interés superior del menor. Su concepto.

³⁵ El Comité de los Derechos del Niño espera que los Estados interpreten el término "desarrollo" como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. Comité de los Derechos de los Niños, Observación general N° 5, párr. 12, op. cit.

³⁶ Comité de los Derechos de los Niños, Observación General número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial párrafo 6, op. cit.

³⁷ Miranda Estrampes, Manuel.; *La convención frente al desamparo del menor. En desarrollo de la Convención sobre los derechos del niño en España*. Barcelona. Bosch. 2006, p. 109.

en el caso concreto, por lo amerita que se justifique cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses de los menores frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.³⁸

Un punto de coincidencia de los tres conceptos es la existencia de una evaluación de todos los elementos que operan en el interés superior del menor a partir de las circunstancias concretas del caso particular, pues cada niño es único e irrepetible, y como lo ha considerado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el interés superior del menor se fundamenta en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos,³⁹ con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcance de la Convención sobre los Derechos del Niño.⁴⁰

Dentro de los elementos pertinentes que han de tomarse en cuenta para llevar a cabo la evaluación individualizada del historial de cada niño desde su nacimiento, con revisiones periódicas a cargo de un equipo multidisciplinario y los ajustes razonables que se recomienden durante todo el proceso de desarrollo del niño,⁴¹ se encuentran: la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual, el contexto social y cultural de los niños, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores⁴².

Asimismo, con la finalidad de proporcionar orientación a los Estados y responsables de la toma de decisiones, cuando tuviesen que regular esferas específicas que afectan a los menores, como la legislación en materia de familia, adopción y justicia juvenil, el Comité de los Derechos del Niño elaboró una lista abierta de elementos a considerar cuando deba identificarse el interés superior del menor, los cuales son los siguientes:⁴³

³⁸ Comité de los Derechos de los Niños, Observación General número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial párrafo 6, op. cit.

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párrafo 134.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva 17/2002, Condición jurídica y derechos humanos del Niño, de 28 de agosto de 2002, párrafo 56.

⁴¹ Comité de los Derechos de los Niños, Observación General número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial párrafo 76, op. cit.

⁴² Ibidem, párrafo 48.

⁴³ Ibidem, párrafos 52 a 79.

Elementos a considerar al identificar el interés superior del menor	
a. La opinión del menor.	d. La identidad del menor que abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión, las creencias, la identidad cultural, la personalidad, aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades y la preservación de los valores.
b. La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones familiares.	e. El cuidado, la protección y la seguridad del menor.
c. Situaciones de vulnerabilidad, como tener alguna discapacidad, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o solicitante de asilo, ser víctima de malos tratos, vivir en la calle, etc.	f. El derecho del niño a la salud, a su estado de salud y a la educación.

Elaborado por la Autora con base en la Observación número 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial del Comité de Derechos de los Niños.

De acuerdo con lo anterior, para evaluar el interés superior del menor, en primer lugar, hay que determinar cuáles son los elementos pertinentes en el contexto de los hechos concretos del caso, dotarlos de un contenido concreto, ponderar su importancia en relación con los demás, al no existir una jerarquía entre los distintos elementos y, en segundo lugar, hay que seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la adecuada aplicación del derecho⁴⁴.

Al no ser exhaustivos los elementos de la referida lista es posible no limitarse a ellos y tomar en consideración otros factores pertinentes conforme a las circunstancias específicas de cada menor o grupo de menores en concreto. No todos los elementos serán pertinentes en todos los casos, y pueden utilizarse de diferentes maneras de un caso a otro, aunque en los distintos casos es necesario la búsqueda de un equilibrio entre los elementos de la evaluación del interés superior del menor. Los elementos contrarios a los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño no pueden considerarse válidos al evaluar lo que es mejor para uno o varios niños⁴⁵.

Ambos pasos del proceso de evaluación del interés superior del menor deben observarse en la práctica del denominado alquiler de vientre, como una realidad que se encuentra presente a nivel mundial y que el derecho está regulando sus efectos mediante normas individualizadas, como las dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁶ que

⁴⁴ Ibidem, párrafo 46.

⁴⁵ Ibidem, párrafo 51.

⁴⁶ En el caso 25358/12, presentado por los esposos Paradiso y Campanelli contra el gobierno italiano así como en los interpuestos en contra de Francia por Mennesson (demanda nº 65192/11) y Labassee (demanda nº 65941/11), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado que la denegación de la inscripción de la filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución en un país extranjero transgrede el derecho a la vida privada y familiar de los niños, consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, bajo la consideración que la

han servido de parámetro a otros órganos jurisdiccionales⁴⁷ para resolver las controversias que produce la práctica de la subrogación de vientre.

Además de la justificación de las sentencias, es necesario que los operadores jurisdiccionales al pronunciarse sobre el interés superior del menor, expliquen cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.⁴⁸ Por supuesto, los métodos de solución de antinomias que operan en el caso de las reglas⁴⁹ y los principios⁵⁰ pueden ser herramientas útiles para la resolución de los conflictos que se pueden suscitar entre los distintos elementos de evaluación del interés superior.

noción de familia no se reduce a las relaciones fundadas en el matrimonio, sino puede atender a la calidad de éstas, e incluso englobar el papel asumido por el adulto hacia el niño u otros vínculos familiares de facto, como cuando las partes cohabiten fuera de cualquier vínculo marital o la inexistencia de vínculo biológico o cohabitación.

⁴⁷La sentencia del Tribunal Supremo alemán (Bundesgerichtshof) pronunciada el 10 de diciembre de 2014, haciendo una interpretación restrictiva del orden público con especial atención en el interés superior del menor, dispone que el reconocimiento en Alemania de una resolución judicial de California relativa al establecimiento de filiación por maternidad subrogada no resulta contraria al orden público en el caso concreto, es decir, toda vez que se trata de madre gestante soltera y uno de los comitentes padre biológico, formando pareja registrada con otro varón. pero de manera expresa el tribunal se reserva la posibilidad de alcanzar un resultado distinto en situaciones diferentes, en particular en las que ninguno de los comitentes fuera el padre biológico del niño o en el que la madre gestante fuera la madre genética. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo alemán (Bundesgerichtshof) de 10 de diciembre de 2014. Por su parte, la sentencia dictada el 2 de febrero de 2015 en el recurso 245/2012 por el Tribunal Supremo español -con especial referencia en las disimilitudes que existen con los casos Mennesson y Labasse- confirma la denegación de la inscripción de la filiación de unos menores nacidos de un vientre de alquiler en California, conforme a lo preceptuado en el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Asistida determina que tales contratos al ser nulos de pleno derecho son incompatibles con el orden público. Sin embargo, en atención al interés superior del menor y la atenuación del orden público, dispone que debe permitirse la integración de los menores en su familia, y ante la falta de datos en el procedimiento sobre su situación familiar, insta al Ministerio Fiscal para que inicie las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación de los menores y su protección dentro de su propio núcleo familiar a través de figuras como el acogimiento familiar o la adopción, lo cual revela el cumplimiento al artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

⁴⁸ Comité de los Derechos de los Niños, Observación General número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial párrafo 6, op. cit.

⁴⁹ Los tres criterios clásicos de solución de antinomias en abstracto, internos o propios del discurso de validez que operan en el caso de las reglas son el cronológico que establece que la ley posterior deroga a la anterior (*lex posterior derogat priori*), el jerárquico que determina que frente a dos normas incompatibles prevalece la norma jerárquicamente superior (*lex superior derogat legi inferiori*) y el de especialidad que nos dirá que la ley especial deroga a la ley general (*lex specialis derogat legi generali*). Ante la insuficiencia de tales criterios, de acuerdo con CÁRDENAS GRACIA, surge un cuarto que dicta la aplicación de la norma que concede una libertad y no aquella que impone una obligación (*Lex permissiva es favorabilis, y una ley imperativa es odiosa*). Vid. Cárdenas Gracia, Jaime.; *La argumentación como derecho*. México. IJ-UNAM. 2005, p. 127.

⁵⁰ En el ámbito de los principios no es posible emplear el criterio "*lex posterior*", ya que dichos principios son coevos. Tampoco es posible emplear el criterio "*lex superior*", ya que los principios en cuestión poseen el mismo rango en la jerarquía de las fuentes. No es posible emplear el criterio "*lex specialis*", pues las clases de supuestos regulados por los principios de que se trata se entrecruzan y no existe entre las clases de supuestos regulados una relación género/especie. Los métodos de solución de antinomias entre principios son el uso de la cláusula del contenido esencial, el principio de razonabilidad, la cláusula de comunidad, la concordancia práctica y el de ponderación.

El interés superior del menor como principio interpretativo, que se antepone a cualquier otro principio en controversia, y como derecho sustantivo tendiente a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna que permitan a los menores vivir de manera plena y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social, es lo que ha privilegiado la procedencia de las prestaciones de maternidad en favor de los padres subrogados como puede advertirse en las sentencias dictadas por los órganos judiciales.⁵¹

IV. EL DERECHO DE IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

El principio-obligación de no discriminación, que deriva del derecho fundamental de igualdad de todas las personas en cuanto a su dignidad, es un deber básico, mínimo, inmediato, inderogable y de alcance general.⁵²

La Observación General número 18 del Comité de Derechos Humanos define a la discriminación como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basadas en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento⁵³ o cualquier otra condición social,⁵⁴ que tiene por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.⁵⁵

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la discriminación constituye una negación del derecho a la igualdad,⁵⁶ lo que implica que el derecho de igualdad impone un deber correlativo de no discriminación. La igualdad de trato formal involucra la igualdad como equiparación y como diferenciación. El primer tipo de igualdad tiene en cuenta dos condiciones. La primera de ellas, consiste en el establecimiento de un criterio de equiparación como la dignidad, la razón o la esencia humana, y la segunda condición, como contenido de un derecho subjetivo, se trata de un elemento de carácter negativo: la ausencia de diferencias

⁵¹ Sentencias en materia de maternidad subrogada, op. cit.

⁵² Artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales; disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> (fecha de consulta 11 de octubre de 2018).

⁵³ La raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento constituyen los motivos expresos prohibidos de discriminación. Vid. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales E/C.12/GC/20, párrafos 15, 18 a 26, en Observaciones Generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, op. cit.

⁵⁴ De acuerdo con la Observación General número 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dentro de los motivos implícitos comprendidos en la categoría de "cualquier otra condición social," el Comité enuncia de manera ilustrativa a los siguientes: discapacidad, edad, nacionalidad, estado civil y situación familiar, orientación sexual e identidad de género, estado de salud, lugar de residencia, situación económica y social. Vid. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, en Observaciones Generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, op. cit.

⁵⁵ Idem. Observación General número 18, párrafo 7.

⁵⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe número 80/11, caso 12.626. Fondo Jessica Lenahan (Gonzales) y otros, Estados Unidos, 21 de julio de 2011, párrafo 117.

en las posibilidades y capacidades jurídicas generales,⁵⁷ debidas a aspectos étnicos, religiosos, biológicos, culturales, entre otros, que puedan ostentar varios individuos o grupos humanos, lo cual se traduce en una prohibición de realizar todo tipo de actos u omisiones que atenten contra la dignidad propia del ser humano y que tengan como consecuencia la anulación o menoscabo de sus derechos.

Ambas condiciones que requieren de la abstracción de las diferencias irrelevantes para la equiparación se complementan con el principio de no discriminación que también posee un sentido negativo debido a que supone la necesidad de que las personas no sean sujetas a distinciones arbitrarias e injustas.⁵⁸

En tanto que la igualdad de trato formal como diferenciación se conecta con la igualdad material e implica la regulación distinta de los casos a partir de un rasgo relevante con la finalidad de conseguir la igualdad ante la ley. La discriminación inversa o acción afirmativa es un ejemplo de este tipo de igualdad.⁵⁹

La doctrina y la jurisprudencia distinguen a la discriminación de hecho (o de facto, o invisible) de la discriminación legal (o normativa, o de jure). El primer tipo de discriminación opera ante la ausencia de expresión de un criterio para excluir, restringir o menoscabar los derechos humanos de los miembros de un grupo determinado.⁶⁰

Por su parte, la discriminación legal es la que se basa en un factor prohibido para excluir, restringir o menoscabar el goce o ejercicio de un derecho fundamental. Este segundo tipo de discriminación es la que suele operar en los casos de maternidad subrogada, en aquellos países en los que al vedarse el ejercicio de su praxis, se ha negado el reconocimiento y el ejercicio de los derechos humanos de los padres subrogados y del menor concebido a través del alquiler de vientre.

De esta manera, una vez que el demandante acredita la existencia de la discriminación normativa, la carga de la prueba (*onus probandi*) se invierte y el Estado queda obligado a demostrar la justificación de la medida. En la Opinión Consultiva número 18/03, de 17 de septiembre de 2003, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al examinar las implicaciones de trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, determinó lo siguiente:⁶¹

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación

⁵⁷ Burgoa Orihuela, Ignacio.; *Las garantías individuales*. 12ª ed. México. Porrúa. 1979, p. 281.

⁵⁸ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, *Programa de capacitación y formación profesional en derechos humanos. Fase básica 2. Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación*, México, CNDH, 2013, p. 11.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Courtis, Christian.; *El mundo prometido. Escrito sobre derechos sociales y derechos humanos*. México. Fontamara. 2009, p. 176.

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. 17 septiembre 2003, párrafo 91.

en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

A lo anterior se adicionan los cuatro criterios que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha fijado para evitar que cualquier distinción sea discriminatoria, los cuáles son los siguientes: i. Que sea aplicada en forma objetiva, ii. Que obedezca a una justificación razonable, iii. Que mantenga una cierta proporcionalidad entre la medida distintiva y la finalidad perseguida. iv. Que persiga un propósito legítimo en virtud del tratado respectivo,⁶² no se encuentran presentes en el alquiler de vientre, en donde por el contrario, el Estado debe adoptar medidas especiales (en donde se incluyen las legislativas y políticas diferenciales) para que los niños y niñas, considerados como un sector históricamente desprotegido, disfruten de todos los derechos inherentes a su edad y condición humana.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos, con independencia de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables que les son inherentes y subraya el imperativo de atender a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección.⁶³

Asimismo, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados partes están obligados a tomar las medidas apropiadas para garantizar a todos los niños la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de sus derechos y soslayar toda discriminación por causa de la condición o las preferencias sexuales de sus padres.

De acuerdo con la sentencia pronunciada el 16 de noviembre de 2016, el Pleno de la Cuarta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en España determinó lo siguiente.⁶⁴

“(…) de no otorgarse la prestación por maternidad, se estaría discriminando en el trato dispensado al menor, por razón de su filiación, contraviniendo los mandatos constitucionales y convencionales. La subrogación no es razón para desconocer el pleno goce del derecho humano mencionado, cuando no existen causas que justifiquen esa omisión (…)”

A este razonamiento se adiciona que los tribunales, al no limitar la regulación de las prestaciones de maternidad, a la madre biológica, sino que al hacerlas extensivas por analogía a las personas que asumen la progenitura biológica (madre o padre) o una función similar como ocurre en la adopción, el acogimiento familiar y el alquiler de vientre, la denegación de los efectos que produce ésta última figura, supone una vulneración del principio de

⁶² Palacios Zuloaga, Patricia.; *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*. Santiago. Universidad de Chile. 2006, p. 34

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva 17/2002, Condición jurídica y derechos humanos del Niño, párrafo 28, Op. cit.

⁶⁴ Sala de lo Social del Tribunal Supremo en España, número de recurso 3146/2014, número de resolución 953/16, Sentencia de 16 de noviembre de 2016, Op. cit.

igualdad porque la diferente naturaleza de las instituciones no justifica la denegación de las prestaciones de maternidad en favor de sus beneficiarios al cumplirse los requisitos exigidos por el esquema de seguridad social aplicable.⁶⁵

V. DERECHOS DERIVADOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL SISTEMA DE SEGUROS SOCIALES

De manera general, el derecho humano a la seguridad social que descansa en el derecho de igualdad y el principio-obligación de no discriminación, se encuentra reconocido en los artículos 22, 23 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,⁶⁶ el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁶⁷ en el artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,⁶⁸ así como en los artículos 45 b), h) y 46 de la Carta de la Organización de Estados Americanos.⁶⁹ En el principio número 4 de la

⁶⁵ Sentencias en materia de maternidad subrogada, Op. cit.

⁶⁶ Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Artículo 23. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses. Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Op. cit.

⁶⁷ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 9 del Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html> (fecha de consulta 1 de noviembre de 2018).

⁶⁸ Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia. Artículo XXXV. Toda persona tiene el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, op. cit.

⁶⁹ En el artículo 45 b) de la Carta de la Organización de Estados Americanos sea establece que el trabajo (como derecho y deber social) debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar. Por la forma en que se encuentra redactada la anterior disposición resulta evidente la referencia a las instituciones típicas de la

Declaración de los Derechos del Niño⁷⁰ y el artículo 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño se reconoce el derecho de los menores a acceder a la seguridad social y al seguro social.⁷¹

La Seguridad social al tener como objetivo el establecimiento de medidas para resolver las necesidades previsibles de los individuos, desde el presente con miras hacia adelante, lo que es posible resumir en la breve fórmula: “la seguridad de la existencia futura producirá la supresión del temor al mañana,” que Mario de la Cueva rubrica, en su obra *El nuevo derecho mexicano del trabajo*,⁷² aminora la calidad de vida de los seres humanos, así como la tranquilidad y bienestar a nivel personal y familiar al denegarse el derecho laboral a la suspensión de las relaciones de trabajo y tener lugar la privación de la acción protectora de las prestaciones de seguridad social en favor de los padres subrogados y de los menores que son producto de la subrogación.

A mayor abundamiento de lo expuesto, los órganos jurisdiccionales han reconocido el carácter de derecho patrimoniales a las prestaciones de seguridad social,⁷³ lo que da lugar a que su desconocimiento o disminución por parte del Estado constituya una violación al derecho de propiedad que deriva, en la mayoría de las veces, de una relación laboral y de su financiamiento a cargo de la población asegurada.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que cuando un Estado contratante aplica una legislación que prevea el pago de una prestación social (dependa o no del pago previo de cotizaciones) debe considerarse que esa legislación crea para las personas que cumplen esas condiciones un interés patrimonial que se incluye dentro del campo de aplicación del artículo 1 del Protocolo n° 1.⁷⁴

seguridad social, que aseguran el mantenimiento de un ingreso en caso de interrupción de la prestación de trabajo (vejez, incapacidad o invalidez, desempleo, maternidad, etcétera), y se extienden además a la familia del trabajador. Asimismo, en el artículo 45 h) de la Carta de la Organización entre las condiciones necesarias para lograr un orden social justo se reconoce el desarrollo de una política eficiente de seguridad social. En tanto que en el artículo 46 del mismo instrumento internacional prescribe la necesidad de armonizar la legislación social de los Estados miembros, en especial en el área laboral y de la seguridad social. Carta de la Organización de Estados Americanos, Op. cit.

⁷⁰ Principio 4 de la Declaración de los Derechos del Niño. El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados. Declaración de los Derechos del Niño; disponible en: <https://www.oas.org/dil/esp/Declaración%20de%20los%20Derechos%20del%20Niño%20Repubblica%20Dominicana.pdf> (fecha de consulta: 3 de septiembre de 2018).

⁷¹ Convención sobre los Derechos del Niño en el Artículo 26. 1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional. 2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre. Convención sobre los Derechos del Niño, Op. cit.

⁷² De la Cueva, Mario.; *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. Tomo II. México. Porrúa. 1979, p. 19.

⁷³ Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de febrero de 2003, párrafo 102.

⁷⁴ Vid. Caso Müller vs Austria, Comunicación No. 12555/03, Sentencia final 5 de enero de 2017. Caso Gaygusuz vs. Austria, Comunicación No. 17371/90, sentencia de 16 de septiembre de 1996. Caso Azinas vs

Incluso para el Tribunal de Estrasburgo al reconocerse en una sentencia la responsabilidad del organismo encargado de cubrir las prestaciones de seguridad social, su incumplimiento o la revisión del fallo transgrede el texto del artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales más conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos y los artículos 1 del Protocolo nº 1.⁷⁵

De lo anterior se advierte que la falta de otorgamiento y pago de los beneficios de seguridad social en favor de las parejas que recurren al alquiler de vientre, sin importar su condición y preferencias sexuales, pero que reúnen los requisitos exigidos por sus correspondientes esquemas de seguridad social, se equipara a una violación del derecho de propiedad reconocido en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales y de protección de los derechos humanos.

Y es que la maternidad ha sido objeto de protección por parte de la Organización Internacional del Trabajo a través de los convenios y recomendaciones que establecen parámetros mínimos de cumplimiento para los Estados miembros en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social. De acuerdo con el Convenio (número 3) sobre la protección de la maternidad, que define a la mujer como toda persona del sexo femenino, cualquiera que sea su edad o nacionalidad, casada o no, estipula el otorgamiento de la asistencia médica y el pago de prestaciones en dinero que sean suficientes para la manutención de la futura madre y la del hijo. El importe de las prestaciones monetarias será fijado por la autoridad competente en cada país.⁷⁶

Por su parte, el Convenio (número 103) sobre la protección de la maternidad establece un período de licencia por maternidad de doce semanas y dispone que la duración del descanso obligatorio después del parto será fijada por la legislación nacional, pero en ningún caso será inferior a seis semanas. Cuando el parto sobrevenga después de la fecha presunta, el descanso tomado con anterioridad se prolongará hasta la fecha en que tenga lugar el parto, y la duración del descanso puerperal obligatorio no deberá ser reducida.

Por disposición del Convenio 103, las beneficiarias tendrán derecho a recibir prestaciones médicas y prestaciones monetarias. Las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia durante el embarazo, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal, prestada por una comadrona diplomada o por un médico, y la hospitalización, cuando ello

Chipre, Comunicación No. 56679/00, sentencia de 20 de junio de 2002, párrafos 44 y 45. Caso Bellet, Huertas y Vialatte vs Francia, Sentencia de 4 de diciembre de 1995. Caso Kjartan Asmundsson vs. Islandia, Comunicación No. 60669/00, Sentencia de 12 de octubre de 2004, párrafo. 45.

⁷⁵ Vid. Caso Stran Greek Refineries y Stratis Andreadis vs Grecia, 9 de diciembre de 1994, párrafo 61, Comunicación 13427/87, Sentencia de 09 de diciembre de 1994. Caso Macovei y otros vs. Moldova, Comunicaciones Nos. 19253/03, 17667/03, 31960/03, 19263/03, 17695/03 y 31761/03, sentencia de 25 de abril de 2006, párrafo. 49-50. Caso Poznakhirina vs. Rusia, Comunicación No. 25964/02, sentencia de 24 de febrero de 2005, párr. 27-29. Caso Burdov vs Rusia, Comunicación No. 59498/00, sentencia de 7 de mayo de 2002, párrafos 40-41. Caso Pravednaya vs Rusia, Comunicación No. 69529/01, sentencia de 18 de noviembre de 2004, párr. 39-41. Caso Makarova y otros vs Rusia, Comunicación No. 7023/03, sentencia de 24 de febrero de 2005, párrafos 31-33.

⁷⁶ Convenio (número 3) sobre la protección de la maternidad, Adopción: Washington, 1ª reunión CIT (29 de noviembre de 1919). En vigor: 13 de junio de 1921. Estatus: pendiente de revisión.

fuere necesario; la libre elección del médico y la libre elección entre un hospital público o privado deberán ser respetadas. En tanto que las tasas de las prestaciones en dinero deberán ser fijadas por la legislación nacional, debiendo ser suficientes para garantizar plenamente la manutención de la mujer y de su hijo en buenas condiciones de higiene y de acuerdo con un nivel de vida adecuado.

De acuerdo con el Convenio 103 las interrupciones de trabajo, a los efectos de la lactancia, deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse como tales en los casos en que la cuestión esté regida por la legislación nacional o de conformidad con ella. En los casos en que la cuestión esté regida por contratos colectivos, las condiciones deberán reglamentarse por el pacto colectivo correspondiente.⁷⁷

Y, por último, el Convenio (número 183) sobre la protección de la maternidad reconoce como grupo protegido a todas las mujeres ocupadas, incluyendo las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente, quienes tendrán derecho a las prestaciones médicas consistentes en la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia después del parto, así como la hospitalización cuando sea necesaria.

Asimismo, a la presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, a las beneficiarias se les concederá una licencia de maternidad de una duración de por lo menos 14 semanas. Esta licencia debe incluir un período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto, a menos que se acuerde de otra forma a nivel nacional por el gobierno y las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores. El período prenatal de la licencia de maternidad deberá prolongarse por un período equivalente al transcurrido entre la fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tenga lugar efectivamente. El Convenio 183 establece la concesión de una licencia suplementaria en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o del parto.

Las prestaciones pecuniarias deberán garantizar a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado. Cuando tales prestaciones deban fijarse con base a las ganancias anteriores, el monto de esas prestaciones no deberá ser inferior a dos tercios de tales ganancias. Cuando las prestaciones se determinen por otros métodos, el monto de esas prestaciones debe ser del mismo orden de magnitud que el que resulta en promedio de la determinación del monto de las prestaciones en base a las ganancias anteriores. Sin embargo, para todo Estado Miembro cuya economía y cuyo sistema de seguridad social no estén suficientemente desarrollados, el monto de las prestaciones pecuniarias fijado deberá ser por lo menos equivalente al de las prestaciones previstas para los casos de enfermedad o de incapacidad temporal de trabajo.⁷⁸

A los convenios se adicionan las Recomendaciones 95 y 191. La Recomendación número 95 sobre la protección de la maternidad extiende a catorce semanas el período de licencia. Al

⁷⁷ Convenio (número 103) sobre la protección de la maternidad, (revisado). Adopción: Ginebra, 35ª reunión CIT (28 de junio de 1952). En vigor: 7 de septiembre de 1955 (revisado en 1952), Estatus: Actualizado.

⁷⁸ Convenio (número 183) sobre la protección de la maternidad, Adopción: Ginebra, 88ª reunión CIT (15 de junio de 2000). En vigor: 7 de febrero de 2002, Estatus: Actualizado.

amparo de este instrumento, las beneficiarias tendrán derecho a recibir prestaciones médicas y prestaciones monetarias. Dentro del primer tipo de prestaciones se encuentran la asistencia médica general y la asistencia por especialistas en el hospital o fuera de él, e incluso visitas a domicilio; la asistencia odontológica; la asistencia por una comadrona diplomada y otros servicios de maternidad, en el domicilio o en un hospital; la asistencia por enfermeras, en el domicilio, en un hospital o en cualquier otra institución médica; el mantenimiento, tanto en un hospital como en cualquier otra institución médica; el suministro de artículos farmacéuticos, dentales u otros artículos médicos o quirúrgicos, y la asistencia prestada, bajo un control médico apropiado, por miembros de cualquier otra profesión a los que legalmente se considere competentes para proporcionar servicios vinculados a la asistencia de maternidad.

Las prestaciones monetarias deberán ser fijadas por la legislación nacional, debiendo ser suficientes para garantizar plenamente la manutención de la mujer y de su hijo en buenas condiciones de higiene y de acuerdo con un nivel de vida adecuado.⁷⁹

Por su parte, la Recomendación número 191 sobre la protección de la maternidad. contempla el mismo régimen de prestaciones que el Convenio número 183 que complementa, pero incrementa el período de licencia a dieciocho semanas y eleva las prestaciones monetarias a la totalidad de las ganancias anteriores de las beneficiarias. La Recomendación 191 establece la extensión de la licencia de maternidad en caso de nacimientos múltiples.

Asimismo, en el instrumento en comento se recomienda que en caso de fallecimiento de la madre antes de acabarse el período de licencia postnatal, al padre del niño, si tiene un empleo, debería concedérsele una licencia de una duración equivalente al tiempo que falte para que expire el período de la licencia posterior al parto concedida a la madre. En tanto que en caso de enfermedad o de hospitalización de la madre después del parto y antes de que expire el período de licencia posterior al parto, si ésta no puede ocuparse del hijo, al padre que cuente con un empleo, debería otorgársele una licencia para ocuparse del hijo de una duración equivalente al tiempo que falte para que expire el período de licencia postnatal concedida a la madre, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.⁸⁰

De acuerdo con un informe de la OIT la duración de la licencia y la remuneración percibida por maternidad en los Estados Miembros, son las siguientes.⁸¹

País	Duración de licencia	Remuneración	País	Duración de licencia	Remuneración
Angola	90 días	100	Argelia	14 semanas	100
Benin	14 semanas	100	Botswana	12 semanas	25
Burkina Faso	14 semanas	100	Burundi	12 semanas	50
Camerún	14 semanas	100	Rep.	14 semanas	50

⁷⁹ Recomendación (número 95) sobre la protección de la maternidad.

⁸⁰ Recomendación (número 191) sobre la protección de la maternidad.

⁸¹ Organización Internacional del Trabajo, *Maternity and paternity of work, Law and practice across the world*, Geneva, ILO, 2014, pp. 132-140 y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Duración de la licencia de maternidad, licencia parental y licencia pagada del padre*, 2016, disponible en: <https://stats.oecd.org/index.aspx?queryid=54760> (fecha de consulta 22 de abril de 2019).

			Centroafricana		
Chad	14 semanas	50	Comoras	14 semanas	100
Congo	15 semanas	100	Côte d'Ivoire	14 semanas	100
Rep. Dem. del Congo	14 semanas	67	Djibouti	14 semanas	50. 100 empleados públicos
Egipto	3 meses	100	Etiopía	90 días	100
Gabón	14 semanas	100	Gambia	12 semanas	100
Ghana	12 semanas	50	Guinea	14 semanas	100
Guinea-Bissau	60 días	100	Guinea Ecuatorial	12 semanas	75
Kenya	3 meses	100	Lesotho	12 semanas	0
Libia	14 semanas	50	Madagascar	14 semanas	100
Mali	14 semanas	100	Marruecos	12 semanas	100
Mauricio	12 semanas	100	Mauritania	14 semanas	100
Mozambique	60 días	100	Namibia	12 semanas	Variable
Niger	14 semanas	50	Nigeria	12 semanas	50
Rwanda	12 semanas	67	Santo Tomé y Príncipe	60 días	100 durante 60 días
Senegal	14 semanas	100	Seychelles	14 semanas	Subsidio uniforme
Somalia	14 semanas	50	Sudáfrica	4 meses	45
Sudán	8 semanas	100	Swazilandia	12 semanas	0
Tanzania	84 días	100	Togo	14 semanas	100
Túnez	30 días	67	Uganda	8 semanas	100
Zambia	12 semanas	100	Zimbabwe	98 días	60/75
Antigua y Barbuda	13 semanas	60	Argentina	90 días	100
Bahamas	12 semanas	100	Barbados	12 semanas	100
Belice	14 semanas	80	Bolivia	90 días	100 de salario mínimo; 70% de salarios sup. al mínimo
Brasil	120 días	100	Canadá	17-18 semanas	55 por 15 semanas
Chile	18 semanas	100	Colombia	18 semanas	100
Costa Rica	120 días	100	Cuba	18 semanas	100
Dominica	12 semanas	60	Rep. Dominicana	12 semanas	100
Ecuador	12 semanas	100	El Salvador	12 semanas	75
Estados Unidos	12 semanas	0	Guatemala	84 días	100
Guyana	13 semanas	70	Haití	12 semanas	100 por 6 semanas
Honduras	84 días	100 por 10 semana	Jamaica	12 semanas	100 por 8 semanas
México	12 semanas	100	Nicaragua	12 semanas	60
Panamá	14 semanas	100	Paraguay	12 semanas	50 por 9 semanas
Perú	90 días	100	Trinidad y Tobago	13 semanas	60-100
Uruguay	12 semanas	100	Venezuela	26 semanas	100
Afganistán	90 días	100	Arabia Saudita	10 semanas	50 ó 100
Bangladesh	16 semanas	100	Camboya	90 días	50
China	98 días	100	Rep.de Corea	60 días	100
Emiratos Árabes Unid.	45 días	100	Fiji	84 días	Subsidio uniforme
Indonesia	3 meses	100	Irán	90 días	66.7 por 16

					semanas
Iraq	62 días	100	Japón	14 semanas	60
Jordania	10 semanas	100	Kuwait	70 días	100
Líbano	7 semanas	100	Malasia	60 días	100
Mongolia	120 días	70	Myanmar	12 semanas	66.7
Nepal	52 días	100	Nueva Zelanda	14 semanas	0
Paquistán	12 semanas	100	Guinea	6 semanas	0
Qatar	50 días	100 (funcionarios)	Singapur	16 semanas	100
Siria	120 días	100	Sri Lanka	12 semanas	100
Tailandia	90 días	100 por 45 días. 50 por 15 días	Vietnam	6 meses	100
Yemen	60 días	100	Alemania	14 semanas	100
Austria	16 semanas	100	Bélgica	15 semanas	82 por 30 días, el resto 75
Bulgaria	410 días	100	Chipre	16 semanas	75
Dinamarca	18 semanas	100	España	16 semanas	100
Finlandia	4 meses	80	Francia	16-26 semanas	100
Grecia	43 semanas	100	Hungría	24 semanas	100
Irlanda	26 semanas pagadas más 16 semanas que no pagan	80 o subsidio fijo	Islandia	3 meses	80
Israel	14 semanas	75	Italia	5 meses	80
Liechtenstein	8 semanas	80	Luxemburgo	16 semanas	100
Malta	18 semanas	100	Noruega	35-45 semanas	100 más 26 semanas pagadas
Países Bajos	16 semanas	100	Polonia	26 semanas	100
Portugal	120-150 días	100	Reino Unido	52 semanas	90 por 6 semanas, abajo del 90% de la semana 7 a 39. Semanas 40 a 52 no se pagan.
Rumania	126 días	50-94	Rusia Federación	140 días	100
Suecia	16 meses	Licencia parental de 450 días: 75% por 360 días; subsidio fijo por 90 días	Suiza	14 semanas	80
Turquía	16 semanas	66.7	Ucrania	126 días	100

Elaborado por la Autora con base en los Informes de la OIT y la OECD.

Un aspecto que es importante destacar es que las prestaciones de seguridad social, al ser parte del contenido esencial de los derechos reproductivos,⁸² su denegación constituye una violación a la autonomía reproductiva y a las obligaciones de respeto, protección y garantía que imponen este tipo de derechos humanos a los aparatos estatales en favor de quienes han recurrido a las técnicas de reproducción humana como un medio para lograr la reproducción.

⁸² Instituto Interamericano de Derechos Humanos.; *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. San José. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2008, p. 27.

Por supuesto, un concepto fundamental que sirve de puente entre los derechos reproductivos y la justicia social (en la que se ubican los derechos de seguridad social) es la justicia reproductiva que busca transformar los desequilibrios de poder que se originan a partir de dinámicas de género, clase, raza, etnia, discapacidad, etcétera, para crear un cambio sistémico que permita a todas las personas gozar de los recursos sociales, políticos y económicos necesarios para tomar decisiones sobre su cuerpo, su sexualidad y su familia.⁸³

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Con independencia de los aspectos éticos, morales, médicos, sociales, políticos y económicos, la maternidad subrogada es una realidad, pues ante la necesidad de ejercer los derechos reproductivos, la prohibición de su praxis no ha limitado su ejercicio, ya que se recurre a países donde se encuentra legalizada o permite.⁸⁴

Los órganos jurisdiccionales, a pesar de la anomia que impera en el caso de la subrogación de vientre, han tenido que resolver las distintas controversias que derivan de su práctica, dictando normas individualizadas en la que los principios de interpretación, entre los que destacan, el interés superior del menor y de no discriminación con su correlativo derecho de igualdad aunados a los derechos humanos de los menores son las directrices que han servido como herramientas hermenéuticas para resolver tales conflictos a partir del derecho.

Ante el derrumbe de la dicotomía entre Derecho público y privado que ha provocado el alquiler de vientre, cuyos efectos permean a todos los sistemas jurídicos es ineludible su regulación conforme a su naturaleza, características y peculiaridades propias con especial cuidado en el interés superior del menor, los derechos humanos de las partes que recurren a ella, sobre todo en lo referente a los derechos inherentes a la persona, entre los cuales sobresalen la vida, la dignidad humana, así como la intimidad personal y familiar.

Las prestaciones de Seguridad social constituyen derechos humanos, cuyo otorgamiento trae aparejado el disfrute de otros derechos de orden público, entre los que destacan el derecho a una vida familiar, el deber de cuidado, la protección y el desarrollo de los menores, sin importar la manera en que fueron concebidos y de la condición o las preferencias sexuales de sus padres, siendo corresponsables en su respeto, cumplimiento y garantía la familia, tutores o en quien recaiga la patria potestad, así como los Estados hasta el máximo de recursos públicos de que dispongan, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos humanos reconocidos en la Convención sobre los Derechos de los Niños en favor de todos los menores.

⁸³Kimala Prince.; “¿What is reproductive justice?: How women of color activists are redefining the pro-choice paradigm”. *Meridians*. Vol. 10. número 2. 1º de abril de 2010, pp. 42-65.

⁸⁴ La negativa de los gobiernos de Italia y Francia de inscribir la filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución en un país extranjero dio lugar a lo casos 25358/12, presentado por los esposos Paradiso y Campanelli contra Italia así como en los interpuestos en contra de Francia por Mennesson (demanda nº 65192/11) y Labassee (demanda nº 65941/11).



Recibido: 12.02.2019. Aceptado: 16.05.2019

MEDIDAS LEGISLATIVAS CONTRA A DISCRIMINAÇÃO PORRAZÃO DE GÊNERO E A PROTEÇÃO À MATERNIDADE NO ÂMBITO DA REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL

LEGISLATIVE MEASURES AGAINST GENDER DISCRIMINATION AND MATERNITY PROTECTION IN THE FRAMEWORK OF LABOR REFORM IN BRAZIL

NOEMIA C. GALDURÓZ COSSERMELLI¹

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC)
Professora Titular de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho na Universidade de Sorocaba (Uniso), na Universidade Paulista (UNIP) e na Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI)

noemia.cossermelli@gmail.com

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3616-4413>

¹ Artigo publicado no VI Plan Proprio de Investigación y Transferencia II.8 de professor visitante de la Universidad de Sevilla. (REFERENCIA VIPPIT-2018-II.8).

RESUMO

No Brasil, a proteção dos direitos sociais está preconizada na Constituição Federal e garantida por normas infraconstitucionais. Com a Reforma Trabalhista ocorrida no ano de 2017, por meio da Lei 13.467, a Consolidação das Leis do Trabalho sofreu inúmeras alterações nas áreas do direito individual, do direito coletivo e processual do trabalho. Neste trabalho abordaremos duas questões de direito individual e ambas com impactos nos direitos fundamentais da mulher. As questões da não-discriminação de gênero e da proteção à maternidade estão sendo objeto de análises e estudos com o objetivo de encontrar caminhos para efetivar o equilíbrio na relação capital e trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Discriminação. Igualdade. Direitos Fundamentais. Proteção Social.

ABSTRACT

Abstract: In Brazil, the protection of social rights is recommended in the Federal Constitution and guaranteed by infraconstitutional norms. With the Labor Reform occurred in 2017, through Law 13467, the Consolidation of Labor Laws has undergone numerous changes in the areas of individual law, collective labor law and labor law. In this paper we will discuss two issues of individual rights and both with impacts on women's fundamental rights. The issues of gender non-discrimination and maternity protection are being analyzed and studied in order to find ways to achieve balance in the capital and work relationship.

KEYWORDS: Discrimination. Equality. Fundamental rights. Social protection.

ÍNDICE

I. INTRODUÇÃO

II. SISTEMA DA SEGURIDADE SOCIAL E A PROTEÇÃO SOCIAL NO BRASIL

A. PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL

1. PRINCÍPIOS DA UNIVERSALIDADE DA COBERTURA E DO ATENDIMENTO

a) Princípio da Universalidade da Cobertura

b) Princípio da Universalidade do Atendimento

2. PRINCÍPIO DA UNIFORMIDADE E DA EQUIVALÊNCIA DOS BENEFÍCIOS E SERVIÇOS ÀS POPULAÇÕES URBANAS E RURAIS

3. PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE E DISTRIBUTIVIDADE NA PRESTAÇÃO DOS BENEFÍCIOS E SERVIÇOS ÀS POPULAÇÕES URBANAS E RURAIS

4. PRINCÍPIO DA DISTRIBUTIVIDADE NA PRESTAÇÃO DOS BENEFÍCIOS

5. PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS

B. ESTRUTURA, ORGANIZAÇÃO E SISTEMA DE FINANCIAMENTO DO SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL

C. BREVES APONTAMENTOS DOS (SUB)SISTEMAS DE SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL

1. DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

2. DA SAÚDE PÚBLICA

a) Saúde e Maternidade

3. DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

D. IMPACTOS DA REFORMA PREVIDENCIÁRIA NOS DIREITOS DA TRABALHADORA MULHER

III. PROTEÇÃO SOCIAL E O PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER

A. EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO NA ESFERA INTERNACIONAL E NACIONAL

IV. REFORMA LABORAL BRASILEIRA E A DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

V. PROTEÇÃO SOCIAL E TRABALHO SEM DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO

A. TEMPO

B. DIREÇÃO

C. PROPÓSITO

VI. IGUALDADE FORMAL *VERSUS* DESIGUALDADE REAL

A. DESIGUALDADE REAL NA POSIÇÃO DE LIDERANÇA

B. DESIGUALDADE REAL NA LIDERANÇA E TOMADA DE DECISÃO

C. DESIGUALDADE REAL NA VIDA POLÍTICA E PÚBLICA

D. (DES)IGUALDADE NA EDUCAÇÃO

VII. FORTALECIMENTO DA MULHER NO MUNDO CORPORATIVO

VIII. PROPOSTAS LEGISLATIVAS SOBRE A DIFERENÇA DE SALÁRIO ENTRE HOMENS E MULHERES NO BRASIL

IX. EFEITOS DA REFORMA TRABALHISTA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA EMPREGADA GESTANTE E LACTANTE

A. DO ATESTADO MÉDICO E A RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL

B. DA REMUNERAÇÃO DA EMPREGADA GESTANTE OU LACTANTE

X. DAS NORMAS DE PROTEÇÃO À SAÚDE DA MULHER NO AMBIENTE DE TRABALHO

XI. HARMONIA E COERÊNCIA DAS NORMAS DE SAÚDE NO AMBIENTE DE TRABALHO E A REFORMA TRABALHISTA

XII. POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AS NORMAS DE PROTEÇÃO À MATERNIDADE

XIII. CONCLUSÃO

I. INTRODUÇÃO

As inovações são parte de um processo contínuo e ininterrupto da evolução humana. Novos padrões sociais são determinados por estilos de vida que se sucedem no tempo e que vão demandando um nível mínimo de proteção social. No século XIX, a doutrina católica teve grande influência na construção dos direitos dos trabalhadores, quando o então Sumo Pontífice Papa Leão XIII escreveu a Encíclica “Rerum Novarum” sobre a necessidade de estabelecer garantias mínimas no trabalho e maior proteção social, com valores de justiça e equidade².

Os ideais da Revolução Francesa e as transformações surgidas com a Revolução Industrial modelaram um novo estilo de trabalhar e de produzir, mas, a ausência de normas que regulassem essa relação, deixou a vida daqueles trabalhadores marcada pela insegurança e pelo medo, uma vez que as reações truculentas aos movimentos em busca de proteção social, justiça e igualdade, terminavam em demissões e medidas discriminatórias, pelos empregadores.

Com o advento da Declaração de Filadélfia, em 1944, ficou sublinhado que todas as pessoas, sem distinção de gênero, teriam direito ao progresso material, com liberdade, dignidade, segurança econômica e igualdade de oportunidades. Desde então, inúmeras ações, nesse sentido, têm sido implementadas por estados e organismos internacionais e a exemplo disso citamos a Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT), relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.

Infelizmente, estão presentes condutas violadoras dos direitos humanos dos trabalhadores, em especial a discriminação contra a mulher.

II. SISTEMA DA SEGURIDADE SOCIAL E A PROTEÇÃO SOCIAL NO BRASIL

A. PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL

A justiça social e a dignidade da pessoa humana são princípios basilares do Sistema de Seguridade Social, no Brasil. Outros princípios, não menos importantes, complementam o sistema de cobertura e atendimento contra riscos sociais, com veremos a seguir.

1. PRINCÍPIOS DA UNIVERSALIDADE DA COBERTURA E DO ATENDIMENTO

a) Princípio da Universalidade da Cobertura

Consiste na proteção dos riscos sociais provisórios ou definitivos da Assistência Social, Previdência e Saúde Pública, como eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário e outros.

² Já temos tocado esta matéria muitas vezes, quando se Nos tem proporcionado o ensejo; mas a consciência do Nosso cargo Apostólico impõe-Nos como um dever tratá-la nesta Encíclica mais explicitamente e com maior desenvolvimento, a fim de pôr em evidência os princípios duma solução, conforme à justiça e à equidade”.

b) Princípio da Universalidade do Atendimento

Ainda que o legislador constituinte tenha se valido da terminologia *universalidade* do atendimento, há situações em que a cobertura e o atendimento, estão restringidos aos segurados que efetivamente contribuíram para o sistema, hipótese típica do regime da Previdência Social. Assim, podemos admitir uma certa relativização do princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, no Sistema de Seguridade Social.

2. PRINCÍPIO DA UNIFORMIDADE E DA EQUIVALÊNCIA DOS BENEFÍCIOS E SERVIÇOS ÀS POPULAÇÕES URBANAS E RURAIS

Os benefícios e serviços são conferidos às populações urbanas e rurais, sem distinção, mas, se for necessário atribuir tratamento diferenciado para corrigir possíveis distorções de determinados grupos de pessoas, e tiver embasamento legal na Constituição Federal, o princípio da equivalência autoriza a prestação dos benefícios e serviços mediante ações discriminatórias positivas.

3. PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE E DISTRIBUTIVIDADE NA PRESTAÇÃO DOS BENEFÍCIOS E SERVIÇOS ÀS POPULAÇÕES URBANAS E RURAIS

A seletividade na prestação dos benefícios é tarefa exclusiva do legislador que identificará os tipos de riscos sociais e quais as pessoas a serem beneficiadas. A seletividade busca atender, em caráter prioritário, as pessoas mais pobres e vulneráveis, pois, do contrário, não haveria recursos suficientes para atender toda a população. Benefícios como salário-família e ao auxílio-reclusão são destinados às famílias de baixa-renda³, o direito a um salário mínimo para os idosos mais pobres que não tenham condições de trabalhar e, também, aos portadores de deficiência que não tenham capacidade laborativa. Estes benefícios são os de prestação continuada⁴.

4. PRINCÍPIO DA DISTRIBUTIVIDADE NA PRESTAÇÃO DOS BENEFÍCIOS

Dos três campos da Seguridade Social (Assistência Social, Previdência Social e Saúde Pública) o caráter distributivo é mais expressivo no campo da Assistência Social, diante do maior número de pessoas pobres e desamparadas. O Brasil é o maior país da América do Sul e da região da América Latina, com mais de 209 milhões de habitantes, sendo que 26,5% estão abaixo da linha de pobreza e com rendimento de até R\$ 406 por mês, conforme pesquisas realizadas em 2017, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

A Organização das Nações Unidas (ONU), em pesquisa sobre o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), informa que o Brasil, em 2018, ocupava a 79ª posição, com “Alto desenvolvimento Humano”. O caráter distributivo na prestação dos benefícios deve levar em conta outros fatores como as expressivas diferenças entre os Estados da

³ CF/88. Art. 201, IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda. Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/1998.

⁴ CF/88. Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Federação brasileira em relação ao nível de pobreza, de desemprego e de distribuição de renda.

5. PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS

Este princípio se refere ao *valor* do benefício, e não dos serviços a serem prestados. O valor deve sofrer reajustes periódicos⁵ a fim de recompor as perdas advindas do processo inflacionário, conforme previsão contida na Lei 8213/91⁶.

B. ESTRUTURA, ORGANIZAÇÃO E SISTEMA DE FINANCIAMENTO DO SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL

A estrutura do Sistema de Seguridade Social⁷ está composta por três subsistemas: Assistência Social (art. 94)⁸; Previdência Social (art. 196)⁹ e Saúde (art. 196)¹⁰. Sua organização consiste no conjunto integrado de ações de iniciativa da sociedade (pessoas naturais e jurídicas) e do Poder Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O sistema de financiamento advém de recursos da sociedade, de forma direta e indireta, e do orçamento da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. As contribuições são pagas pelo empregador, da empresa e da entidade equiparada, incidentes sobre a folha de salários, rendimentos do trabalho pagos ou creditados à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; a receita ou faturamento e do lucro; pelos trabalhadores e segurados da previdência social; da receita de concurso

⁵ CF/88. Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei. § 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

⁶ Lei 8.213/91. Art. 41-A. O valor dos benefícios em manutenção será reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, pro rata, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor -INPC, apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE.

⁷ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

⁸ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

⁹ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

¹⁰ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

e prognósticos; e do importador de bens e serviços no exterior, ou de quem a lei a ele equiparar (art. 195, I a IV, CF/88).

C. BREVES APONTAMENTOS DOS (SUB)SISTEMAS DE SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL

1. DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

O Sistema da Assistência Social tem caráter não-contributivo, organizado com política social criada para atender necessidades básicas de proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e amparar crianças e adolescentes carentes.

Tem como principal objetivo promover a integração de pessoas no mercado de trabalho, reabilitar pessoas com deficiência e inseri-las na vida comunitária. Sua organização conta com a participação da população na formulação e controle das ações de forma política-administrativa descentralizada. Os recursos da Seguridade Social financiarão as ações governamentais na esfera da assistência social, bem como contará com outras fontes previstas em lei. O Princípio da Distributividade, base do sistema de assistência social, atende as necessidades básicas de pessoas que se encontram em estado de vulnerabilidade.

A Lei Orgânica de Assistência Social (Lei n. 8.742/93 - LOAS) prevê o Benefício de Prestação Continuada (BPC) concedido ao idoso com 65 anos ou mais e pessoas com deficiência de qualquer idade, com valor mensal de um salário mínimo e com requisito básico de não possuir meios de prover a própria manutenção. Benefícios eventuais e temporários serão prestados aos cidadãos e suas famílias, como nascimento, morte, vulnerabilidade e calamidade pública.

2. DA SAÚDE PÚBLICA

A saúde pública é um direito universal, destinado às pessoas que dela necessitem. As políticas sociais e econômicas estão voltadas para a redução dos riscos de doença, sem qualquer tipo de discriminação e com absoluta prioridade no atendimento às pessoas mais enfermas. Cabe ao Poder Público regulamentar e estruturar o sistema, por meio de ações e serviços de execução direta ou por intermédio de terceiros. A saúde pública é prestada por hospitais públicos ou pela iniciativa privada, por meio de convênios com o Sistema Único de Saúde (Lei n. 8.080/90).

a) Saúde e Maternidade

No Brasil, são várias as medidas legislativas que protegem a maternidade, com aplicação de multas e indenizações ao empregador que, de qualquer forma, discrimina a mulher no período gestacional e durante a licença maternidade. São normas consagradas em nível constitucional, infraconstitucional, normas convencionais coletivas e jurisprudência dos tribunais. O caráter imperativo da lei inibe, de certa forma, a violação de direitos sociais da empregada gestante, garantindo indenização compensatória quando dispensada arbitrariamente, ou sem justa causa. A garantia provisória de emprego da trabalhadora gestante inicia com a concepção da gravidez até cinco meses após o parto [art. 10, II, “b”, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)], garantia que está destinada à criança que necessita de cuidados maternos, com segurança.

O Sistema de Seguridade no Brasil protege a mulher em diversas frentes, principalmente, em relação à saúde e à maternidade. Quando se tratar de mãe trabalhadora¹¹ estará segurada pelo regime de Previdência Social sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória.

3. DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

O sistema de Previdência Social possui o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), criado para atender trabalhadores da iniciativa privada e autônomos; o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) destinado aos servidores públicos, civis, da União, dos estados e dos municípios e o Regime Próprio dos Militares das Forças Armadas, do Corpo de Bombeiros Militares e das Polícias. A Previdência Social tem caráter contributivo e visa proteger os trabalhadores e familiares de diversos riscos sociais, como doença, invalidez, morte, idade avançada, maternidade, desemprego e outros.

No Brasil, estão calorosos os debates sobre a reforma da Previdência Social e as propostas apresentadas têm sido alvo de muitas críticas, mas até o momento não se chegou a um consenso. São inúmeros os pontos nevrálgicos do atual sistema previdenciário cujo déficit está impactando em outras áreas da Seguridade Social como a Saúde Pública e Assistência Social. Na doutrina de Paulo Tafner e Pedro Fernando Nery¹² a reforma da Previdência é fundamental, principalmente, para a redução do déficit público. Informam os autores que se a taxa de crescimento da produtividade dos últimos 30 anos se mantiver nos próximos 30 anos, o Brasil se manterá estagnado e, em 2048, a renda será a mesma que temos hoje. Comentam os autores que “enquanto nos recusarmos a enfrentar o desafio previdenciário, a dívida pública sobe implacavelmente e asfixia a economia. A dívida em relação ao PIB subiu de 60% em 2014, para 70% em 2018”¹³. Estes e muitos outros dados apresentados na obra são suficientes para admitir que a reforma previdenciária é necessária e iminente. Vejamos os fundamentos constitucionais por eles apresentados. “É possível firmar um novo pacto. É possível reformar a Previdência para garantir os diversos objetivos constitucionais e ao mesmo tempo manter a sua principal característica: a solidariedade. É possível atualizar as regras pactuadas sem prejudicar os mais pobres, ao contrário, para defendê-los. Atualizar a Constituição de 1988 é protegê-la. É resgatar o espírito da Carta Magna. Um novo pacto para a Previdência é o que vai viabilizar diversas políticas públicas e geração de oportunidades. É essencial compreender que a reforma da Previdência é também a reforma da educação, a reforma da saúde, a reforma da infraestrutura. É a reforma do emprego, a reforma dos juros. Os objetivos já estão traçados em nosso contrato social de 1988: a construção de uma sociedade justa e solidária, a garantia do desenvolvimento, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades. Não podemos mais esperar”¹⁴.

D. IMPACTOS DA REFORMA PREVIDENCIÁRIA NOS DIREITOS DA TRABALHADORA MULHER

¹¹ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei: II - proteção à maternidade, especialmente à gestante.

¹² Paulo T.; Pedro Fernando, N.; *Reforma da Previdência: Por que o Brasil não pode esperar?*, Elsevier Editora Ltda. Rio de Janeiro. 2019, p. 449.

¹³ Paulo T.; Pedro Fernando, N.; *Reforma da Previdência: Por que o Brasil não pode esperar?*, Elsevier Editora Ltda. Rio de Janeiro. 2019, p. 449.

¹⁴ Paulo T.; Pedro Fernando, N.; *Reforma da Previdência: Por que o Brasil não pode esperar?*, Elsevier Editora Ltda., Rio de Janeiro. 2019, p. 478.

A alteração nos requisitos exigidos para a aposentadoria está dentre os principais pontos da reforma previdenciária. Discute-se muito sobre a idade mínima da aposentadoria da mulher e sobre esse ponto os autores apresentam a seguinte linha de raciocínio: “A já analisada redução nas taxas de fertilidade se deu concomitantemente com menor tempo destinado a cuidado dos filhos e maior inserção no mercado de trabalho (o que contribui para elevar os gastos previdenciários à medida que mais mulheres se aposentam). Por outro lado, a expectativa de vida das mulheres continua sendo maior que a dos homens – o que em termos friamente atuariais daria ensejo a uma idade mínima não igual, mas maior para elas”¹⁵. Estas e outras questões, não menos importantes e intrigantes, estão detalhadas no capítulo “Idade mínima e gênero”¹⁶, local da obra em que os autores apresentam estudos relacionados aos direitos das mulheres sob diferentes aspectos, como a idade mínima para aposentadoria, sobrevida, inserção no mercado de trabalho, maternidade, filhos, tripla jornada, políticas compensatórias e outras.

III. PROTEÇÃO SOCIAL E O PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER

A discriminação de gênero é um tema discutido há séculos, reconhecida como uma questão social mundial e que, infelizmente, está ganhando novos contornos e novos questionamentos frente as inovações da tecnologia.

A questão social que envolve a discriminação de gênero, está ganhando novos contornos e novos questionamentos, ainda que o pano de fundo continue sendo a inserção da mulher no mercado de trabalho.

A. EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO NA ESFERA INTERNACIONAL E NACIONAL

A Carta Constitucional brasileira intitula o Brasil como uma sociedade democrática, pluralista, sem preconceito de gênero (art. 3º, IV)¹⁷, que promove a proteção social dos trabalhadores, e respeita os princípios da dignidade humana e do valor social do trabalho (art. 3º, III e IV)¹⁸.

¹⁵ Paulo T.; Pedro Fernando, N.; *Reforma da Previdência: Por que o Brasil não pode esperar?*, Elsevier Editora Ltda.. Rio de Janeiro. 2019, p. 1388.

¹⁶ Paulo T.; Pedro Fernando, N.; *Reforma da Previdência: Por que o Brasil não pode esperar?*, Elsevier Editora Ltda., Rio de Janeiro. 2019, p. 1388.

¹⁷Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁸Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

O sistema constitucional promove a igualdade (art. 5º, “caput”)¹⁹, protege o mercado da mulher (art. 7º, XX)²⁰; sem diferenças de salários e sem preconceito de sexo (art. 7º, XXX)²¹.

Estes princípios não excluem outros decorrentes de tratados internacionais que o Brasil seja signatário²² e aqui citamos a Convenção n.100, da OIT²³, que trata da igualdade de remuneração entre homens e mulheres por trabalho de igual valor, e a Convenção n.111/1958, sobre a discriminação em matéria de emprego e ocupação. São tratados que estabelecem princípios internacionais de proteção social a serem contemplados no sistema jurídico dos países membros signatários. Sem fazer referência a outras normas, verifica-se que o modelo normativo brasileiro segue padrões de países avançados.

O que justifica, então, a desigualdade de gênero?

Por que a lei não está sendo cumprida?

Estes questionamentos encontram suporte na realidade social brasileira. As estatísticas sobre a discriminação de gênero têm mostrado níveis elevados de desigualdade, principalmente em relação a rendimento salarial, promoção, lideranças em alto escalão das empresas, atuação em atividades públicas, políticas, etc.

Falta fiscalização? Os agentes fiscais estão preparados/formados para identificar a discriminação indireta?

Os empregadores estão respeitando os princípios da livre iniciativa e da função social da empresa? É necessário legislar mais? O que é mais importante: penas mais rigorosas ou a certeza da punição?

Por que os homens tiveram um rendimento salarial de 22.2% a mais que o das mulheres, no ano de 2016?

IV. REFORMA LABORAL BRASILEIRA E A DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), norma brasileira mais importante sobre relação de emprego, sofreu expressivas alterações com o advento da Lei n. 13.467, de 11 de novembro de 2017. Um dos pontos da reforma diz respeito à igualdade salarial, prevendo expressamente que “no caso de comprovada discriminação por motivo de sexo

¹⁹ Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

²⁰ Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.

²¹ XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

²² § 2º os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

²³ Organização Internacional do Trabalho. Convenções Internacionais. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/lang--pt/index.htm>.

ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”.

Referido enunciado, ao prever pena pecuniária em favor do empregado nos casos em que se comprove a discriminação salarial, tem como pano de fundo a dificuldade de comprovar a prática discriminatória. O descumprimento da regra, por parte da empresa, somente ficará evidenciada com o trânsito em julgado da sentença proferida na ação trabalhista interposta pela trabalhadora/empregada, pois, enquanto estiver prestando serviços na empresa, dificilmente tomará a iniciativa de ajuizar ação na Justiça do Trabalho. Caso resolva exercer seus direitos, promovendo ação judicial, bem provável que passe a sofrer outros tipos de discriminação indireta (dissimuladas). Diante dessa realidade, à trabalhadora discriminada resta a opção de ajuizar ação judicial ou permanecer na empresa sem reclamar e receber rendimentos salariais inferiores.

Outro meio eficiente para coibir a prática discriminatória seria a fiscalização de agentes públicos vinculados à Secretaria do Trabalho. Os fiscais devem estar muito atentos e preparados tecnicamente para atuar nas empresas, pois, a discriminação de gênero não é tão explícita e, em regra, se apresenta de forma dissimulada (discriminação indireta), além do que os empregadores tem pronto o discurso de que a diferença salarial decorre das funções distintas exercidas pelos trabalhadores, o que “legitimaria” o exercício do poder diretivo do empregador. Infelizmente, extrai-se desse contexto, um comportamento ilícito e que se praticado continuamente passará a fazer parte da cultura empresarial.

Esse é um mal que deve ser combatido com normas de proteção social, leis eficazes, sanções rigorosas e garantia do cumprimento da pena. Além disso, medidas de conscientização dos empregadores, pedagógicas e educacionais que incentivem e promovam a capacitação e qualificação profissional das mulheres discriminadas.

V. PROTEÇÃO SOCIAL E TRABALHO SEM DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO

Para tratarmos destas questões, vamos nos valer de três vetores: *tempo*, *direção* e *propósito*.

A. TEMPO

Os objetivos pretendidos pelos Estados e organismos internacionais como a OIT, OMC, União Europeia e outros, estão relacionados à construção da proteção social de gerações futuras. No Brasil, como em qualquer país democrático, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária tem como corolário a busca incessante de mecanismos para a efetiva consecução desses objetivos. Mas, se regras não estiverem pré-estabelecidas e em compasso com o que está acontecendo no mundo, todas as medidas tornar-se-ão defasadas e inoperantes.

B. DIREÇÃO

Importante, nesse contexto, saber qual a direção das ações que necessitam ser implementadas, ou seja, o alvo deve estar concentrado nos pontos mais críticos e emergenciais, do contrário, nada mudará. No Brasil, por exemplo, é recorrente a discussão sobre as reformas, principalmente, as que envolvem questões sobre gastos públicos e

nível de emprego. Recentemente, a Lei n.13.467, de 11 de novembro de 2017 tratou da Reforma Trabalhista e mesmo antes de completar seu segundo ano de vigência outras reformas já estão sendo anunciadas. Percebe-se que a *direção* não atingiu o alvo desejado.

C. PROPÓSITO

Patamares mínimos de proteção, igualdade e justiça são os verdadeiros *propósitos* de sociedades tidas por democráticas. Seja por meio da legislação, políticas públicas ou de iniciativas da sociedade em geral, torna-se imperioso garantir a igualdade de gênero, principalmente, nos países em desenvolvimento onde a discriminação é mais expressiva.

Assim, o enfrentamento da desigualdade de tratamento entre homens e mulheres necessita de leis com fins teleológicos (*direção*) e axiológicos (*propósito*) adequados e, principalmente, a *tempo* de trazer soluções para os problemas contemporâneos.

Quanto *tempo* levará, ainda, para eliminar todas as formas de discriminação contra a mulher?

Qual a *direção* e qual o *propósito* das tomadas de decisões não aumentar ainda mais a desigualdade?

Hoje, o desenvolvimento da tecnologia e a inteligência artificial são fenômenos que justificam a revisitação do modelo de proteção social dos trabalhadores, especialmente das mulheres que sofrem com a discriminação de gênero.

O legislador constituinte, em 1988, previu o aumento do nível de desemprego em face da automação²⁴ provocada pela globalização, mas, certamente, sequer imaginava o crescimento exponencial da tecnologia e da inteligência artificial. Como não imaginar, agora, que estes são os fatores com maior impacto no mundo do trabalho, ora extinguindo empregos, ora criando novas oportunidades de trabalho.

Se não observarmos o *tempo* das transformações, a *direção* para os devidos ajustes e o *propósito* nas tomadas de decisões, a desigualdade tomará proporções ainda mais indesejáveis.

Já em 2012, o Bureau Internacional do Trabalho apresentou o Relatório “Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho: Do compromisso à ação”²⁵ com o objetivo de retratar o que acontecia no mundo do trabalho em relação aos princípios e direitos fundamentais, para então sugerir medidas necessárias para seu aperfeiçoamento²⁶.

²⁴ CF/88, Art. 7º, XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei.

²⁵ Princípios e Direitos Fundamentais. Do compromisso à ação. Debate recorrente no quadro da Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Justa e do seguimento da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho Disponível em: <https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/relatorio_normas_2012.pdf>.

²⁶ Convicta de que a justiça social é fundamental para garantir a paz social permanente e de que o crescimento econômico é essencial, mas não assegura a equidade e o progresso social, a OIT, diante de sua natureza jurídica e detentora de mandato constitucional para estabelecer normas internacionais que promovam a proteção dos direitos dos trabalhadores, tem como corolário verificar se os países que ratificam suas normas estão respeitando, promovendo e tornando realidade a eliminação da discriminação em matéria de remuneração salarial. O princípio da igualdade, ou da não-discriminação, encontra objetividade no plano das normas de direitos fundamentais, seja na esfera do direito internacional (Convenção Internacional

VI. IGUALDADE FORMAL *VERSUS* DESIGUALDADE REAL

A Constituição Federal brasileira afirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. A Carta das Nações Unidas reafirma sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher. Nesse mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, podendo invocar todos os direitos e liberdades, sem distinção de sexo e, finalmente, a Convenção Internacional n. 110/1951, da OIT, ratificada pelo Brasil, informa que a remuneração compreende o salário ou o tratamento ordinário, de base, ou mínimo, e todas as outras vantagens, pagas direta ou indiretamente, em espécie ou *in natura* para a mulher e para o homem por um trabalho de igual valor.

A *igualdade formal*, contida nos tratados internacionais e na Carta Constitucional brasileira, está relativizada pela *desigualdade real*. Indicadores trazidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)²⁷ informam sobre o rendimento habitual médio mensal de todos os trabalhos, entre 2012 e 2016. O rendimento da mulher é de R\$1.764,00, enquanto que dos homens é de R\$2.306,00. No ano de 2016, a diferença salarial teve uma pequena redução, mas os homens permaneceram recebendo salários superiores. Nesse período, os homens ganharam 22.2% mais que as mulheres e a média por eles recebida foi de R\$ 2.895,56, enquanto que as mulheres o valor foi R\$2.368,98. Notou-se uma pequena redução na diferença salarial, que, segundo os analistas, justificase pelo fato da taxa de crescimento salarial ter sido menor, principalmente, nas empresas com mais de 250 pessoas.

A. DESIGUALDADE REAL NA POSIÇÃO DE LIDERANÇA

No período entre 2012 a 2016, verificou-se que a inserção das mulher em posição de liderança, tanto no setor público (diretoras de órgãos governamentais), quanto no setor privado (diretoria/gerência de empresas privadas), é sempre inferior a dos homens, independentemente da faixa etária. No total, os homens ocupam 60,9% dos cargos gerenciais e as mulheres 39,1%²⁸.

Quando se trata de mulheres brancas, a percentagem é de 39,7%, contra 60,3% dos homens e, quando da cor preta ou parda, a inserção em posições de liderança ou de cargos de diretoria é de 37,2% de inserção das mulheres, contra 62,8% dos homens, ampliando a distância.

CARGOS GERENCIAIS E POSIÇÕES DE LIDERANÇA		
GRUPOS DE IDADE	HOMENS (%)	MULHERES (%)

100/1951 – Igualdade de remuneração de homens e mulheres por trabalho de igual valor e Convenção Internacional 111/1958 - Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação), seja na esfera do direito nacional (CF/88, art. 5º, I c/c art. 7º XXX).

²⁷ Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Continua 2012-2016. <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/21562-ocupacao-cai-em-2016-mas-proporcao-de-assalariados-com-diploma-crece>.

²⁸ <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20232-estatisticas-de-genero-responsabilidade-por-afazer-afeta-insercao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho>.

16 a 29 anos	56.9	43.1
30 a 49 anos	59.0	41.0
50 a 59 anos	65.1	34.9
60 anos ou mais	68.2	31.8
TOTAL	60,9%	39,1%

Todas as pessoas têm o direito de escolher livremente a profissão e o emprego. O direito à promoção, aos benefícios, à formação, à atualização profissional superior com treinamento periódico, à igual remuneração para trabalho de igual valor e avaliação da qualidade do trabalho.

A igualdade de direitos entre homens e mulheres está assegurada nas Convenções, Resoluções, Declarações e Recomendações aprovadas pelas Nações Unidas e pelas normas internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), todas com adesão pelo governo brasileiro, no entanto, é real a desvantagem de direitos por razão de gênero, no Brasil.

A discriminação contra a mulher contribui para ela sofrer outras dificuldades e lhe retire o direito de ter uma efetiva participação na vida social, na vida política, na vida cultural e, principalmente, na vida familiar com paz e bem-estar e, no sentido mais amplo, a impossibilita de contribuir para o desenvolvimento de sua comunidade e de seu país.

Assim, quanto menores as oportunidades de trabalho e de obter rendimento salarial justo, a mulher ficará mais próxima da condição de pobreza, sem acesso aos direitos básicos como a saúde, educação, capacitação e tantas outras indispensáveis à sua subsistência e dignidade.

Sem igualdade de tratamento entre homens e mulheres, não há que falar em bem-estar e justiça social.

B. DESIGUALDADE REAL NA LIDERANÇA E TOMADA DE DECISÃO

O Brasil, como país membro da OIT e signatário dos tratados internacionais sobre a não-discriminação, assumiu o compromisso de promover a igualdade de gênero e coibir qualquer tipo de conduta discriminatória em relação à mulher, podendo criar, modificar, derogar leis, editar decretos, regulamentos e outras normas.

Dentre as iniciativas do Poder Público (Poder Legislativo), destacamos a edição da Lei n.11.340/2006²⁹, criada para sanar distorções existentes em razão do gênero, e que tem por objetivo assegurar às mulheres condições para o exercício efetivo do direito à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, o acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária, por meio de ações conjuntas da família, da sociedade e do poder público (art. 3º *caput* e § 2º). No entanto, desde sua entrada em vigência, a

²⁹ Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

experiência adquirida demonstrou que a referida lei necessitava de ajustes em relação ao atendimento policial, quando procurado para proteger direitos e conferir segurança à mulher.

É função do legislador estar sempre atento à efetividade do fim social pretendido na lei e, quando necessário, intervir para corrigir o sistema legal de proteção social, alterando, modificando ou introduzindo dispositivos.

Foi nesse compasso que o legislador introduziu o art. 10-A na Lei n.11.340/2006, regulando o atendimento policial e pericial mais especializado, ininterrupto e prestado por servidores com prévia capacitação e de preferência, do sexo feminino³⁰.

Mai uma vez, a experiência passa a ser objeto e conteúdo de dados estatísticos. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostrou que a proporção de mulheres no efetivo das polícias civis das Unidades da Federação, em 2014, era de apenas 24,4%³¹.

Ao introduzir na lei o Art. 10-A, o legislador buscou, principalmente, promover o aperfeiçoamento do atendimento policial frente aos atos de violência contra a mulher e, também, incentivar a contratação de servidoras mulheres para tal mister. São medidas importantes a serem tomadas, mas que dependem da vontade do legislador e de programas específicos de treinamento e aperfeiçoamento dos profissionais envolvidos.

Na Espanha, a Lei 7/2018³², aprovada pelo Parlamento e promulgada pela Presidenta da Junta de Andaluzia, apresenta medidas de prevenção e proteção integral contra a violência de gênero, tendo por objetivo “actuar contra la violencia que, como consecuencia de una cultura machista y como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres, se ejerce sobre las mujeres por el mero hecho de serlo y que se extiende como forma de violencia vicaria sobre las víctimas que se contemplan en la presente Ley” (art. 1º).

C. DESIGUALDADE REAL NA VIDA POLÍTICA E PÚBLICA

A discriminação contra a mulher na vida política e pública é, também, uma realidade. É importante o exercício da cidadania, como votar em todas as eleições e ser elegível como membros que dependam do processo de eleição³³.

O percentual de parlamentares mulheres em exercício no Congresso Nacional brasileiro, no ano de 2017, era de apenas 16,0% no Senado Federal, enquanto na Câmara dos Deputados era de 10,5%. Dentre 190 países selecionados, o Brasil ocupa a 152ª posição, com 10,5%, perdendo para países como Ruanda (41,3%), Bolívia (52,1%) e Senegal (41,8%).

³⁰ Art. 10-A, da Lei n. 13.505, de 08 de novembro de 2017.

³¹ IBGE, Pesquisa de Informação Básicas Estaduais 2014. Dados extraídos do Gráfico 3. Vida Pública e Tomada de Decisão.

³² Boletim Oficial da Junta de Andaluzia, n. 148, de 1/8/2018. A Lei 7/2018 modifica a Lei 13/2007 para adotar medidas de prevenção e proteção integral contra a violência de gênero.

³³ Fonte: Inter-Parliamentary - IPU, 2017 e Congresso Nacional.

O Programa das Nações Unidas (PNDU)³⁴ lançou em janeiro de 2019 a Rede de Democracia Paritária, a fim de promover a participação das mulheres na política da América Latina. De acordo com o relatório do Fórum Econômico Mundial, o Brasil ocupa a 139ª posição, dentre 149 países avaliados, no que se refere à taxa de participação das mulheres em cargos ministeriais.

De extrema importância contar com a participação da mulher na vida pública e na vida política, pois, lhes dá oportunidades de ocupar posições de liderança e de representação e, assim, contribuir para o crescimento das sociedades.

D. (DES)IGUALDADE NA EDUCAÇÃO

A educação³⁵ tem sido um diferencial para o ingresso e projeção das mulheres no mercado de trabalho. Elas estão se aperfeiçoando, buscando orientação em matéria de carreira e de capacitação profissional, obtendo diplomas nas instituições de ensino e, com isso, reduzindo as diferenças de gênero. Tanto no ensino médio, como no ensino superior, as mulheres estão em maior número. No ensino médio, por exemplo, a taxa de frequência escolar de jovens, entre 15 e 17 anos, do sexo masculino é de 63,2%, enquanto que do sexo feminino é de 73,5%, resultando na diferença de 10,3%³⁶. No ensino superior, no grupo etário de 25 e 44 anos de idade, 15,6% dos homens completaram a graduação, contra 21,5% de mulheres³⁷.

A formação educacional da mulher é, a nosso ver, a mais importante de todas as iniciativas que defendam a igualdade de gênero. Quanto mais elevado o nível educacional da mulher, maiores e melhores as oportunidades de contratação e de promoção na carreira.

O desenvolvimento profissional precisa estar alinhado com a demanda de mercado, seja para a contratação como empregado, seja como autônomo. No entanto, já está se formando a corrente que afirma que o profissional que detém o conhecimento específico e de interesse das empresas, mesmo não possuindo nível superior, será o escolhido. Isto está acontecendo com empresas que utilizam a tecnologia como meio de produção e produtividade, mas não encontram profissionais qualificados para tal mister.

VII. FORTALECIMENTO DA MULHER NO MUNDO CORPORATIVO

A Organização das Nações Unidas, no ano de 2010, criou a “ONU Mulheres” com o objetivo de fortalecer e ampliar os esforços mundiais em defesa dos direitos humanos da mulher, preconizados nos tratados internacionais e, também, de documentar a realidade em que vivem as mulheres em todo o mundo, para então, apresentar recomendações e implementar ações que reduzam a desigualdade de gênero. Para tanto, foram apresentados sete princípios³⁸: 1. Estabelecer liderança corporativa sensível à igualdade de gênero, no

³⁴ <https://nacoesunidas.org/onu-lanca-rede-latino-americana-para-promover-participacao-das-mulheres-na-politica/>.

³⁵ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

³⁶ Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Continua 2016.

³⁷ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

³⁸ <http://www.onumulheres.org.br/referencias/principios-de-empoderamento-das-mulheres/>.

mais alto nível; 2. Tratar todas as mulheres e homens de forma justa no trabalho, respeitando e apoiando os direitos humanos e a não-discriminação; 3. Garantir a saúde, segurança e bem-estar de todas as mulheres e homens que trabalham na empresa; 4. Promover educação, capacitação e desenvolvimento profissional para as mulheres; 5. Apoiar empreendedorismo de mulheres e promover políticas de empoderamento das mulheres por meio das cadeias de suprimentos e marketing; 6. Promover a igualdade de gênero por meio de iniciativas voltadas à comunidade e ao ativismo social. 7. Medir, documentar e publicar os progressos da empresa na promoção da igualdade de gênero.

VIII. PROPOSTAS LEGISLATIVAS SOBRE A DIFERENÇA DE SALÁRIO ENTRE HOMENS E MULHERES NO BRASIL

No Brasil, está em trâmite o projeto de lei que acrescenta dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), dispondo sobre a divulgação pelas empresas com mais de 250 empregados da diferença de salários entre trabalhadores homens e mulheres. A proposição encontra fundamento nas ações do governo no combate à discriminação.

“Art. 461-A. A empresa ou empregador com mais de 250 (duzentos e cinquenta) empregados divulgará, até o quinto dia útil do mês de abril de cada ano, as seguintes informações:

I- a quantidade percentual de empregados homens e mulheres;

II- a quantidade nominal e percentual de salários e demais vantagens de caráter remuneratório e indenizatório pagas aos empregados, segregados por sexo;

III- a diferença nominal e percentual da massa salarial entre empregados homens e mulheres;

§ 1º. As informações divulgadas deverão considerar a totalidade dos empregados e trabalhadores terceirizados.

§ 2º Regulamento estabelecerá o local em que estas informações estarão disponibilizadas ao público em geral.

§ 3º O descumprimento da obrigação contida neste artigo será punida com multa de R\$ 100.000,00 a R\$ 1.000.000,00”.

IX. EFEITOS DA REFORMA TRABALHISTA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA EMPREGADA GESTANTE E LACTANTE

A tutela conferida à empregada gestante ou lactante com atividades laborais em local insalubre foi objeto de regulamentação por meio da Lei n. 13.287, de 11 de maio de 2016, que assim previa:

Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante **será** afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, **devendo** exercer suas atividades em local salubre. (g.n.)

Referida lei, ao trazer meios garantidores dos direitos previstos na Constituição da República se mostrou imperativa, cogente e de caráter indisponível, visto que o *bem da vida* protegido na norma era a saúde e bem-estar da empregada gestante ou lactante e do recém-nascido.

No entanto, o Art. 394-A recebeu nova redação com o advento da Lei 13.467, de 11 de novembro de 2017, anos seguintes termos:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

A Lei 13.467/2017, que tratou da Reforma Trabalhista, buscou adequar o sistema jurídico trabalhista vigente à época, às novas relações de trabalho. Foram mais de 100 dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.452/1943) que, de uma forma ou outra, sofreram alterações e parte dos textos reformados foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal.

Dentre as modificações trazidas pela Lei 13.467/2017, daremos especial destaque à questão do afastamento da empregada gestante ou lactante do ambiente insalubre (incisos II e III, do art. 394-A, da CLT) que, a nosso ver, mitiga direitos de tutela à maternidade, à saúde e ao bem estar da empregada gestante ou da lactante e do recém-nascido. Trata-se, portanto, de direitos que compõem o núcleo essencial dos Direitos Sociais dos Trabalhadores (art. 7º, XXII) e da Seguridade Social (arts. 194, 196, 197 e 200, II, CF).

A. DO ATESTADO MEDICO E A RESPONSABILIDA PROFISIONAL

O comando normativo determina que a empregada gestante deverá ser afastada de atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo (inciso II) enquanto a empregada lactante deve ficar afastada de atividades insalubres, em qualquer grau (inciso III) desde que apresentado atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento.

A caracterização da insalubridade no ambiente laboral é feita por meio de perícia, a cargo de médico ou engenheiro do trabalho, conforme as normas de saúde e segurança, reguladas pelos órgãos competentes. Isso demonstra que se o médico indicado pela empregada atestar sua permanência no local insalubre e disso acarretar consequências graves à sua saúde ou do recém-nascido, o profissional estará sujeito à responsabilidade na esfera civil e penal, conforme o caso.

Atividades insalubres são aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima do limite de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos (art. 189, CLT). A eliminação ou a neutralização da insalubridade vai depender de medidas que mantenham o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância (art. 191, I, CLT), ou do fornecimento de equipamento de proteção individual do trabalhador, fazendo com que haja uma diminuição do agente agressivo a limites de tolerância (art. 191, II, CLT). Caberá ao médico ter conhecimento da classificação da insalubridade, da intensidade do agente e do tempo da exposição que estarão sujeitas a empregada gestante ou lactante.

B. DA REMUNERAÇÃO DA EMPREGADA GESTANTE OU LACTANTE

Nos termos expressos da Lei 13.467/17, a empregada gestante ou lactante não poderá sofrer prejuízos em sua remuneração, tampouco deixar de receber o valor do adicional de insalubridade (art. 394-A, “caput”)³⁹.

A Convenção n. 103, da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil, prevê que os custos devidos à trabalhadora gestante não fica ao encargo exclusivo da empresa (art. IV, inciso 8)⁴⁰ e, conforme preceitua o art. 394-A, §2º, da CLT⁴¹ a empresa fará o pagamento, mas será compensada quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço⁴².

Quando não for possível à empregada gestante ou lactante exercer suas atividades em local salubre, a lei considerará como *gravidez de risco*, percebendo salário-maternidade durante todo o período do afastamento, nos termos do que reza o art. 71, da Lei 8.213/91⁴³.

Havendo a possibilidade da empregada gestante ou lactante prestar serviços em local salubre, lhe será conferido o direito de receber a remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade.

X. DAS NORMAS DE PROTEÇÃO À SAÚDE DA MULHER NO AMBIENTE DE TRABALHO

O tema relativo à saúde e à segurança no ambiente de trabalho tem ganhado especial atenção nos projetos de políticas públicas e privadas, além de ser objeto de estudos por profissionais da área da saúde e do direito. Os resultados acabam criando e modelando as estruturas normativas do Direito do Trabalho e da Seguridade Social.

Nas relações de trabalho, muito se tem falado a respeito dos impactos que a duração do trabalho está causando na saúde e na qualidade de vida do trabalhador e são várias as críticas do modelo de proteção atual. Grande parte dos especialistas em medicina laboral defende que a duração do trabalho deve estar atrelada à saúde pública, e não somente à saúde econômica e financeira do empregado. Estudos têm demonstrado que a redução da jornada de trabalho implica em menores riscos à saúde, menor número de acidentes e de doenças profissionais, além de melhorar a qualidade de vida dos trabalhadores.

³⁹ Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade.

⁴⁰ Convenção n. 103, da OIT. Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega.

⁴¹ § 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

⁴² Art. 248 da Constituição da República, que os benefícios pagos, a qualquer título, pelo órgão responsável pelo regime geral de previdência social, ainda que à conta do Tesouro Nacional, e os não sujeitos ao limite máximo de valor fixado para os benefícios concedidos por esse regime observarão os limites fixados no art. 37, XI.

⁴³ Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

Na seara jurídica infra-constitucional, a principal norma que efetiva os direitos fundamentais da mulher no ambiente de trabalho é a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), especificamente no Capítulo III, sobre a duração do trabalho (art. 373); não-discriminação (art. 373-A); trabalho noturno (art. 381); períodos de descanso (Arts. 382 a 386); local de trabalho (arts. 388 a 390-E) e proteção à maternidade (arts. 391 a 400).

As Normas Regulamentares editadas no âmbito do Direito Administrativo são parte integrante do sistema jurídico de proteção à saúde laboral. Elas conferem efetividade aos direitos previstos na Constituição da República no plano dos Direitos Sociais dos trabalhadores (Título II, Capítulo II, art. 7º, XXII)⁴⁴ e da Seguridade Social (Título VIII, Capítulo II, arts. 194, 196, 197, 200, II)⁴⁵.

São centenas de normas criadas para fiscalizar as empresas e muitas delas estão sem critérios e sem padronização no processo de fiscalização. O atual governo brasileiro está apresentando propostas de modernização das Normas Regulamentadoras de saúde e segurança no trabalho⁴⁶ e, também, propostas de inovação nos diversos procedimentos, com o propósito de reduzir a gravidade do quadro de saúde dos trabalhadores brasileiros. As informações sobre a infelizmente no trabalho estão dispersas e muitos dos casos de agravamento à saúde do trabalhador sequer são comunicados aos órgãos competentes.

Com a entrada em vigência da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), as regras de saúde e segurança no trabalho receberam um tratamento que vai de encontro com os estudos e pesquisas sobre a duração da jornada em local insalubre. Reza o Parágrafo Único, do art. 611-B, da CLT, que a duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho.

Para o nobre jurista e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Godinho Delgado, “o maior ou menor espaçamento da jornada (e duração semanal e mensal de labor) atua, diretamente, na deterioração ou melhoria das condições internas de trabalho na empresa, comprometendo ou aperfeiçoando uma estratégia de riscos e malefícios inerentes ao ambiente de prestação de serviços”⁴⁷. Para o autor, a duração do trabalho deve ser parte integrantes de política de saúde pública, com o objetivo de assegurar maior efetividade e cumprimento, pelas empresas, das regras e medidas de medicina e segurança do trabalho. Ainda neste contexto, o autor faz críticas à reforma trabalhista, dizendo que

⁴⁴ Art. 7º, XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

⁴⁵ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.; Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.; Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador.

⁴⁶ Instituto Nacional de Altos Estudos (Inae). <http://www.inae.org.br/o-que-e-o-inae/>.

⁴⁷ DELGADO, Maurício Godinho: Editora LTr, São Paulo. 2019.

a Lei 13.467/2017 “buscou ao máximo, dissociar as regras de duração do trabalho das regras de saúde e segurança do trabalhador e dentro do ambiente laborativo”.

XI. HARMONIA E COERÊNCIA DAS NORMAS DE SAÚDE NO AMBIENTE DE TRABALHO E A REFORMA TRABALHISTA

Diante da estrutura normativa ora analisada, torna-se clara a necessidade de harmonizar as normas contrapostas, com coerência e lógica sistêmica para tentar resolver as eventuais antinomias e manter a organicidade normativa.

Quando da promulgação da Constituição da República de 1988, deixou claro o Constituinte que a saúde é direito de todos e dever do Estado e que as políticas sociais e econômicas garantam a redução do risco de doença e de outros agravos (art. 196, CF), inclusive à maternidade, conforme prevê o sistema de Previdência social (art. 201, II CF).

Preceitua a Constituição da República que as políticas econômicas devem buscar fundamento na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, além de assegurar a existência digna do trabalhador.

Portanto, acreditamos que será por meio da harmonização das normas e princípios da *Ordem Social* (dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho; saúde e proteção à maternidade; redução dos riscos inerentes ao trabalho), com as normas de princípios da *Ordem Econômica* (livre iniciativa e função social da propriedade) que teremos assegurada a efetiva coerência do fenômeno jurídico e seu eficaz funcionamento sistêmico.

XII. POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AS NORMAS DE PROTEÇÃO À MATERNIDADE

Conforme analisado anteriormente, a Lei 13.467/2017 alterou a redação de dispositivos da CLT sobre o trabalho da empregada gestante ou lactante, em local insalubre. Prevê a norma que o afastamento deverá ocorrer **quando a mulher apresentar atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança** (art. 394-A, II e III).

A redação contida nos incisos II e III evidencia a relativização da tutela à maternidade, prevista expressamente pela Constituição Federal e na consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Inconformados com a nova redação do art. 394-A, da CLT, o Sindicato dos Metalúrgicos propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar, especificamente em face da expressão “quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”. Notificada a se manifestar nos autos, a Presidência da República alegou que “o afastamento da gestante ou da lactante do exercício das atividades insalubres não implica supressão do adicional de insalubridade” (art. 394-A, “caput”) e que “o texto atual seria mais benéfico à trabalhadora, ao evitar essa perda de rendimentos, e proporcionar um melhor tratamento da mulher nas relações de trabalho, evitando a discriminação de mulheres no momento da contratação”.

A contrário sensu, a Procuradoria Geral da República defendeu a concessão da medida liminar e a procedência do pedido contido na ADI, sustentando que a redação do art. 394-A, II e III, da CLT, ao permitir o trabalho de gestantes em atividades insalubres em graus médio e mínimo e o de lactantes em qualquer grau “acabou por, temerariamente, transformar em regra a exposição ao risco, obstando às trabalhadoras e aos seus filhos a integral proteção assegurada pela Carta Magna e, ainda, desviando-se do objetivo maior das normas tutelares do meio ambiente laboral”. Em defesa da tutela à maternidade, a Procuradoria Geral da República, trouxe à baila, questões relacionadas a redução do nível de proteção à vida, à saúde, à maternidade, à infância e do trabalho em condições dignas e seguras”. Pugnou, também, pela inconstitucionalidade dos dispositivos por violação dos arts. 1º, IV, 6º, 7º, XX e XXII, 170, 193, 196, 201, II, 203, I, 225 e 227 da Constituição Federal.

O Relator da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, Ministro Alexandre de Moraes, concedeu liminar suspendendo a eficácia dos textos impugnados, por entender “que as expressões impugnadas não estão em consonância com os dispositivos constitucionais supramencionados, os quais representam não apenas normas de proteção à mulher gestante ou lactante, mas também ao nascituro e recém-nascido lactente”.

Na decisão, o Relator na ADI 5939 suspendeu os efeitos da expressão “quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, mantendo o consolidado entendimento do Supremo Tribunal Federal de que deve prevalecer a tutela de direitos da empregada gestante e lactante, do nascituro e do recém-nascido lactente, em quaisquer situações de risco ou gravame à sua saúde e bem-estar. Para tanto, e valendo-se dos fundamentos determinantes para a concessão da liminar, o Relator Alexandre de Moraes apontou o *fumus boni juris* que ampara a suspensão da eficácia da expressão “quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento” (art. 394-A, II e III, da CLT) e o *periculum in mora*, pela exposição das empregadas gestantes a atividades insalubres de grau médio ou mínimo e as empregadas lactantes a atividades insalubres de qualquer grau.

Em recente decisão de mérito, o STF decidiu que a alteração trazida pela Lei 13.467/2017 viola direitos constitucionais como a integral proteção à criança e à proteção da trabalhadora gestante. Votaram pela procedência da ação os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e o presidente da Corte, ministro Dias Toffoli. O ministro Marco Aurélio votou divergentemente sob o fundamento de que “a proteção alargada ao gênero feminino acaba prejudicando o gênero”.

Assim, declarada a inconstitucionalidade dos trechos contidos nos incisos II e III⁴⁸, do art. 394-A, da CLT, inseridos pela Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher”, por total afronta à maternidade e à criança.

XIII. CONCLUSÃO

⁴⁸ Art. 394-A, II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

A Reforma Trabalhista no Brasil provocou grandes impactos no mundo das relações de trabalho.

A questão da não-discriminação de gênero, na forma como foi tratada pela Lei 13.467/2017, teve ampla aceitação pelas trabalhadoras, enquanto que a questão envolvendo a proteção à maternidade e o trabalho insalubre gerou muitas resistências. Diante desse impasse, despertamos para o seguinte questionamento: a Reforma Trabalhista é um retrocesso dos direitos sociais ou uma adequação às novas relações de trabalho?

O legislador pretendeu com a Lei n. 13.467/2017 adequar as normas da CLT às novas relações de trabalho, no entanto causou alvoroço e criou inúmeras polêmicas como a do trabalho da gestante ou lactante em locais insalubres. Entendemos que, neste ponto, a lei reduziu o nível de proteção social, expondo a saúde da gestante e do recém-nascido a riscos provocados pelo ambiente insalubre, portanto, evidenciado o retrocesso das garantias constitucionais. O direito à assistência social, no período gestacional, inclui cuidados à saúde da mãe e da formação saudável do feto e da criança recém-nascida. Tais garantias são indisponíveis, conferidas mediante normas cogentes e de interesse público.



Recibido: 10.03.2019. Aceptado: 26.03.2019

**IL FUTURO DELL'EUROPA TRA POSSIBILI ARRETRAMENTI E
NECESSARIA RIAPPACIFICAZIONE**

**EL FUTURO DE EUROPA ENTRE POSIBLES RECLAMACIONES Y
REACCIÓN NECESARIA**

SALVATORE LORIA

Instituto de Migraciones

Universidad Granada

studiodottloria@gmail.com

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9413-9385>

RIASSUNTO

Le spinte populiste che provengono dalle basi dei Paesi europei, impongono una analisi critica sulle motivazioni sottostanti il processo di disaffezione all'Unione che si traduce in una decostruzione dello stesso apparato. Si reputa necessario, pertanto, contrastare queste spinte al fine di evitare un andare a ritroso della Storia con la possibile conseguenza di sfociare in forme governative autoritarie dipinte da una pseudo giustizia sociale. Da qui l'esigenza di formulare una proposta di riappacificazione che rappresenti il punto d'incontro per un accordo consapevole atto a delineare affinità ed obiettivi comuni nell'interesse preminente comunitario.

PAROLE CHIAVI: Spinte populiste, Riappropriazione delle prerogative comunitarie, Riappacificazione delle diverse anime.

RESUMEN:

Las tendencias populistas provenientes de los estados europeos, imponen un análisis crítico sobre las motivaciones que subyacen al proceso de desafección hacia la Unión Europea, que se traduce en una deconstrucción de la propia organización. Consideramos necesario, por tanto, contrarrestar estas tendencias para evitar una involución histórica con riesgo de desembocar en formas de gobierno autoritarias enmascaradas bajo una supuesta justicia social. De ahí la exigencia de formular una propuesta conciliadora que se convierta en el punto de encuentro para llegar a un acuerdo consciente dirigido a concretar afinidades y objetivos comunes en pro de un interés preminente de la Unión.

PALABRAS CLAVE: Tendencias populistas, recuperación de las prerrogativas comunitarias, reconciliación de intereses diversos en la UE.

SOMMARIO

I.INTRODUZIONE

II.QUALE FUTURO?

III.IL COMPITO DEGLI EUROPEISTI CONVINTI

IV.UNA PROPOSTA DI RIAPPACIFICAZIONE

V.CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

I. INTRODUZIONE

“Le elezioni che avverranno a maggio [2019] saranno un Referendum sull’Europa: un tranello nel quale gli europeisti convinti non devono cadere. Non possiamo permetterci di rimanere soli in un mondo pericoloso”¹: è la sfida più immediata che l’Europa deve necessariamente vincere se non si vuole innescare la decostruzione di quest’ultimi sessant’anni di lenta realizzazione – per la verità ancora a livello embrionale – di una regione di libertà, giustizia e sicurezza che accoglie e favorisce il libero sviluppo di ciascuno.

Non bisogna, dunque, cedere alle spinte populiste che vorrebbero la disintegrazione dell’Ue attraverso una graduale ed inesorabile secessione per fare andare a ritroso la recente storia europea anche per colpa della stessa Ue che non è riuscita a rendersi *visibile* e *vicina* ai cittadini².

Lo scollamento tra base ed istituzioni è la principale causa – a mio modesto parere – che ha attecchito nella politica populista che mira, dietro una politica che guarda principalmente alla c.d. pancia, ad un accentramento e ad una sorta di neo-autarchia che riporta ai tempi del ventennio nero italiano³. C’è il latente tentativo dei movimenti populistici di riappropriazione della piena sovranità nazionale a discapito di quella più ampia comunitaria che arranca e, man mano, si sfalda per rinsaldarsi in quella nazionale che risulterebbe, dunque, esclusiva e circoscritta, quasi ermetica. E ciò perché nei movimenti c’è la convinzione che la democrazia – intesa come salvaguardia dei diritti dei propri cittadini - discende esclusivamente dalla sovranità nazionale che deve essere rafforzata, sostanzialmente, attraverso la riconquista di quanto rinunciato in favore di quella più ampia comunitaria.

Il rischio principale, a mio sommo giudizio, è che la lotta contro i centri di potere – teoricamente condivisibile se diretta alla eliminazione delle possibili oppressioni lobbistiche – portata avanti dai movimenti populistici sfoci inevitabilmente in una politica antieuropeista e sovranazionale che, nella loro ristretta visione nazionalista, diventa necessaria per l’affermazione dei diritti nazionali.

II. QUALE FUTURO?

E’ questo che bisogna evitare; bisogna contrastare queste spinte, principalmente perché al di là di ogni altra considerazione, la strenua difesa della sovranità nazionale porterà quasi sicuramente a forme di un neo infantilismo democratico che potrà sfociare in forme governative autoritarie dipinte da una pseudo giustizia sociale. Pericolo reso ancora più evidente per le seguenti ragioni: chiudersi all’interno di confini insormontabili impermeabili all’accoglienza intesa non in senso passivo ma quale momento di

¹ Sono le affermazioni del Vicepresidente del Parlamento europeo David Sassoli espresse all’Auditorium della Ex Fiera della Pesca nella sera di venerdì 26 ottobre 2018 nell’incontro “Europa, i suoi progressi e il nostro futuro”.

² Sul il fenomeno nazionale del populismo nei paesi dell’Unione europea: Martinelli, A. (2013). *Mal di nazione: contro la deriva populista*. EGEA spa. Una lucida ricostruzione di chi sono i populistici è rinvenibile in Boeri, T. (2017). *Populismo e stato sociale*. Gius. Laterza & Figli Spa.

³ L’autarchia emerge nel pensiero economico tedesco dei primi del 1800, soprattutto con J.G. Fichte e J.H. von Thünen. *Fondamento della politica economica della Germania di Hitler*, fu adottata dal fascismo in Italia a partire dal 1934. Sull’argomento si rimanda a Marino, G. C. (1983). *L’autarchia della cultura: Intelletuali e fascismo negli anni trenta*. Editori riuniti. Sul ruolo centrale dell’ideologia nel determinare l’evoluzione del regime autarchico nel corso degli anni Trenta in Italia, si veda Gualtieri, R. (2005). *Da Londra a Berlino. Le relazioni economiche internazionali dell’Italia, l’autarchia e il Patto d’acciaio (1933-1940)*. Studi storici, 46(3), 625-659.

opportunità di crescita, si tradurrà inevitabilmente in una graduale regressione culturale che favorisce la nascita di governi autoritari con contestuale restrizione della libertà personale; cavalcare le percezioni dell'elettorato nell'intento di conquista dei consensi necessari per governare, comporterà inevitabilmente uno spropositato indebitamento – proprio per realizzare quanto promesso elettoralmente - che condurrà quasi certamente alla contrapposizione di classi sociali con gli inevitabili e conseguenti conflitti⁴.

Se si continuerà sull'onda dell'accoglimento di quanto proveniente dalle proteste e dalle richieste – a volte legittime ma molto spesso che non tengono conto delle necessità oggettive sovrastanti il singolo interesse – si rischierà di tornare ad una divisione nazionalistica che contrapporrà inevitabilmente classe contro classe e Stato contro Stato. Se i movimenti c.d. populistici o con vocazione populista continueranno a condividere, *sic et simpliciter*, senza una analisi oggettiva che tenga conto delle varie componenti che determinano una decisione, le istanze provenienti da una parte della società, vedranno certamente incrementati i loro consensi ma si ritroveranno – quando bisognerà fare i conti con le risorse – ad un bivio: maggiori spese per adempiere alle promesse elettorali fatte ai loro sostenitori a fronte di maggiori oneri per la restante parte dell'elettorato.

Sotto questo aspetto – è semplicemente una mia convinzione – i movimenti, a differenza dei partiti, provocano divisioni, molto spesso insanabili, perché alimentano la convinzione che la politica sia sostanzialmente distanziata dalla realtà sociale e dai bisogni della comunità, dimenticando che il compito della politica è proprio quello di incrociarsi con la vita – e non solamente con alcuni aspetti - al fine di captare e risolvere i veri bisogni della persona che fondamentalmente sono diritti⁵.

Allora quello che bisogna immediatamente comprendere è quali e quante siano le spinte autonomistiche provenienti dalle istanze popolari per evitare che vengano cavalcate – come di fatto sta avvenendo – da un populismo galoppante; la vera sfida, dunque, è quella di dare risposte convincenti e risolutive alle richieste dei cittadini europei che sembrano arroccati in una non certamente voluta sosta che rasenta l'ambiguità tra un passato glorioso ed un futuro incerto.

III.IL COMPITO DEGLI EUROPEISTI CONVINTI

Diventa evidente, pertanto, che compito degli europeisti, ovvero dei partiti pro-Europa, non dovrà più essere la strenua difesa di questa Europa nella vana attesa che si affievolisca la tendenza modale di giustizialismo politico a tutti i costi che criminalizza tutti e tutto

⁴ Nei giorni scorsi in Italia, il Movimento Cinque Stelle ha proposto un disegno legge in Commissione lavoro a Palazzo Madama che prevede un contributo fino a 780 euro mensili individuali. Detto contributo denominato “reddito di cittadinanza” che, proprio per far fede all'impegno profuso in campagna elettorale, comporterà a carico dello Stato la spesa di 15,5 miliardi di euro che ovviamente dovranno essere recuperati attraverso nuove entrate richieste a determinate categorie di contribuenti, innescando ovviamente conflitti sociali. Non a caso la Corte dei Conti il 12 novembre 2018 ha avvertito che l'impatto del reddito di cittadinanza potrebbe spingere il pil di uno 0,2-0,3% che si tradurrà, anche per vie delle novità fiscali – flat tax - un aumento delle tasse per più di un terzo delle imprese. Non meno pessimistica risulta la previsione dell'Istat (Gazzetta del Sud del 25 novembre 2018, p. 2) che prevede il Pil fermarsi all'1,1% nel 2018 in netto rallentamento rispetto all'1,6% registrato nell'anno 2017.

⁵ La politica per definizione è scienza riguardante l'arte di governare che, attraverso l'incontro e la fusione di teoria e pratica, ha «per oggetto la costituzione, l'organizzazione, l'amministrazione dello stato e la direzione della vita pubblica» (Dizionario Treccani). La politica, per dirla come Socrate (Il Politico, primo dialogo) deve essere in grado di unificare e mescolare gli elementi che compongono una comunità con una giusta misura. Chiaramente, secondo le suddette definizioni, si comprende come i movimenti populistici non possono definirsi politici in quanto portatori di un interesse settoriale che non tiene conto delle esigenze della comunità.

ciò che non sia nell'orbita o nel contesto del movimento populista. Le disuguaglianze tra chi troppo ha e riceve e tra chi meno possiede e sempre più arretra, devono essere al centro della nuova Europa che attraverso una vera partecipazione popolare – cosa assai diversa da populista – coinvolga veramente tutti affinché si sentano effettivamente partecipi e vicini alle Istituzioni; una Europa che dovrà riaffermare con forza il rispetto sacrosanto dei diritti di ciascuno e di tutti, ovvero i diritti individuali e collettivi che costituiscono l'essenza della democrazia⁶.

In altri termini, la questione migranti prepotentemente da problema di natura prettamente umanitaria che tanta opposizione ha trovato e continua a trovare nelle forze conservatrici e reazionarie dei Paesi aderenti all'Ue, dovrà essere posta al centro della politica europea se si vuole veramente disegnare - così come era nelle originarie intenzioni – un nuovo e più realistico ideale di società libera, inclusiva e creativa che sfati le improbabili invasioni paventate dalle forze nazionalistiche⁷.

Bisogna comprendere che la migrazione, alla stessa stregua dell'economia, ha assunto una configurazione globale⁸, proprio perché fenomeno insito nella stessa natura umana, perché non riconducibile a limitate aree del pianeta, bensì a tutti i continenti; bisogna, altresì, comprendere che la nuova migrazione è «figlia» e conseguenza del lato più negativo della globalizzazione che ha avvicinato i mercati ma ha allontanato irrimediabilmente gli uomini sempre più presi dal principio del massimo utile senza tenere conto degli effetti collaterali.

Ma purtroppo, nonostante le opposizioni di quanti credono fermamente nell'opportunità di crescita grazie proprio al fenomeno dell'immigrazione, si continua a commettere errore

⁶ Secondo i dati forniti da “Eurobarometro” i risultati di un'indagine condotta in vista delle elezioni europee del 2019, dimostrano che i cittadini UE continuano a supportare in maniera crescente il progetto europeo, nonostante le spinte populiste in chiave antieuropea. Due terzi degli intervistati, infatti, sono convinti che il proprio Paese abbia tratto benefici dall'appartenenza all'Unione. In particolare, in Italia, il 44% è favorevole a restare in Europa contro un 24% favorevole alla brexit.

⁷ Secondo “Eurostat” (Dati marzo 2018): la Germania ha registrato il numero totale più elevato di immigrati (1 029 900) nel 2016, seguita dal Regno Unito (589 000), dalla Spagna (414 700), dalla Francia (378 100) e dall'Italia (300 800). La Germania ha registrato il numero più elevato di emigrati (533 800) nel 2016, seguita dal Regno Unito (340 400), dalla Spagna (327 300), dalla Francia (309 800), dalla Polonia (236 400) e dalla Romania (207 600). In totale 21 Stati membri dell'UE hanno registrato più immigrati che emigrati nel 2016, mentre in Bulgaria, Croazia, Lettonia, Lituania, Polonia, Portogallo e Romania il numero degli emigrati ha superato quello degli immigrati.

(https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics/it#Flussi_migratori:_2_milioni_di_migrati_da_paesi_terzi)

⁸ Alla stessa stregua della migrazione globale, in ambito alimentare, intesa quale quantità di sostanze non volatili che migrano dal materiale a un liquido, la migrazione umana globale si caratterizza dal fatto che non investe solamente soggetti in cerca di una collocazione lavorativa più dignitosa – come avveniva nel secolo scorso – ma coinvolge, ampliandone la portata del fenomeno, donne, uomini, vecchi e bambini che sono stati – loro malgrado - costretti a lasciare il loro passato in cerca semplicemente di un futuro. La differenza che intendo evidenziare tra migrazione e migrazione globale è che quest'ultima è conseguenza della globalizzazione che ha favorito un neocolonialismo spregiudicato per lo sfruttamento di risorse, celato da una finta umanità.

Papa Francesco, nel Messaggio per la giornata mondiale del migrante e del rifugiato del 15 gennaio 2017 ha giustamente affermato che «Sono in primo luogo i minori a pagare i costi gravosi dell'emigrazione, provocata quasi sempre dalla violenza, dalla miseria e dalle condizioni ambientali, fattori ai quali si associa anche la globalizzazione nei suoi aspetti negativi. La corsa sfrenata verso guadagni rapidi e facili comporta anche lo sviluppo di aberranti piaghe come il traffico di bambini, lo sfruttamento e l'abuso di minori e, in generale, la privazione dei diritti inerenti alla fanciullezza sanciti dalla Convenzione Internazionale sui Diritti dell'Infanzia».

su errore: è proprio quanto emerge dall'ultima «creatura» pensata e realizzata dal Vicepremier italiano con il provvedimento cosiddetto «decreto sicurezza» che, a mio giudizio, privilegia la repressione anziché la prevenzione⁹.

Non può, infatti, non riconoscersi nel sopraccitato provvedimento legislativo il palese disconoscimento *tout court* della nozione di diritti umani dal momento che viene abolito il permesso di soggiorno per motivi umanitari che verrà sostituito con un permesso speciale e, soprattutto, temporaneo, se e solo, per motivi di salute o per altre residue fattispecie quali le calamità naturali o per particolare valore civile. In sostanza si assisterà – proprio per dare voce alle false percezioni di parte del popolo al fine di fidelizzarlo al movimento populista e nazionalista – a incontrollati decreti di espulsione¹⁰.

Che fare, dunque? Bisognerebbe «ridemocratizzare» le attuali democrazie, o meglio pseudo democrazie, dei Paesi aderenti attraverso una «scolarizzazione»¹¹ di tutti che evidenzi, in maniera chiara ed accessibile, i vantaggi fino ad oggi ottenuti dalla appartenenza all'Ue; bisognerebbe ancora, sempre attraverso la ridemocratizzazione, favorire «l'innamoramento» alla politica affinché ogni componente ed ogni essere presente all'interno dell'Ue possa realmente identificarsi ed esplicitare la convivenza con gli altri nell'ottica di uno sviluppo sostenibile e condiviso di tutta la comunità umana¹².

Si dovrebbe, in particolare, avere la capacità di invertire la tendenza di mettere al centro sempre e comunque «noi» con l'affermazione di «tutti» che racchiude ed ingloba necessariamente noi e gli altri per favorire così un possibile progetto unitario ed antiframmentario di vera unità che assicuri a tutti, indistintamente a tutti, diritti quali

⁹ Il 29 novembre 2018, con una larga maggioranza, 396 sì e 99 no, il decreto Sicurezza è diventato ufficialmente legge. Le principali misure, volute da Salvini e dalla Lega Nord sono, tra l'altro, il raddoppio dei tempi di trattenimento nei Centri di permanenza per il rimpatrio, che passa da 90 a 180 giorni, l'abrogazione dei permessi di soggiorno per motivi umanitari sostituiti con permessi per meriti civili o per cure mediche o se il Paese di origine vive una calamità naturale. Una delle più eclatanti novità previste dalla nuova legge è l'ampliamento dei termini per l'istruttoria della domanda di concessione della cittadinanza che passa da due a quattro anni e che verrà concessa solo se si conosce l'italiano.

¹⁰ I primi effetti del c.d. "Decreto Sicurezza" a distanza di solo un giorno dalla sua approvazione – 29.11.2018 – ha dato i suoi primi risultati negativi: una circolare della Prefettura di Potenza, datata 30 novembre 2018 (l'indomani dell'approvazione del decreto), ha invitato i gestori CAS di «espellere» dalle strutture tutti i soggetti in possesso di permesso di soggiorno per motivi umanitari perché la «Prefettura non corrisponderà dal 1° dicembre p.v. il pagamento delle Somme per i servizi di accoglienza nei confronti dei suddetti stranieri che dovessero rimanere nelle strutture». Anche la Prefettura di Crotone, città della Calabria, ha emanato un simile provvedimento che ha provocato l'espulsione di circa duecento stranieri in possesso del PDS e che vivevano nel CARA di Isola Capo Rizzuto. Tra le prime 24 persone che hanno dovuto lasciare il Centro – si veda "Il Giornale" dell'1 dicembre 2018 – c'erano "una famigliola con una bimba di appena cinque mesi, nata a Crotone, nel maggio scorso, una donna incinta, tre donne vittime di tratta, due ragazzi con problema psichiatrici". Ma è veramente possibile legiferare in maniera anacronistica e in contrasto con le norme internazionali e comunitarie in tema di diritti umani? E' mai concepibile mettere letteralmente in strada, senza congruo preavviso, chi era ospitato nei Centri di accoglienza? Sono domande a cui la Comunità europea ed internazionale dovrebbero dare delle risposte attraverso l'obbligatorietà del ripristino dello status quo.

¹¹ Con il termine «scolarizzazione» si intende qui evidenziare la necessità di pubblicizzare a tutti i livelli i benefici dell'appartenenza all'Ue, atteso che la stragrande maggioranza ne sconosce di fatto il ruolo e le sue potenzialità. In altri termini, bisognerebbe colmare il deficit della mancata conoscenza che certamente è da addebitare ai leaders che hanno semplicemente pensato a coltivare il proprio orticello elettorale ed omettendo di realizzare il necessario collegamento che avrebbe consentito di avere contezza delle vere potenzialità che potrebbero disegnare un diverso e migliore futuro di tutta l'area europea.

¹² Per un rapido excursus sulla politica si rimanda a: Lattes, G. B. (2017). *Per lo studio della politica. Appunti di una lettura acronotopica*. SocietàMutamentoPolitica, 8(15), 415-452.

sinonimi di uguaglianza, ovvero riconoscimento incondizionato dello *status* di uomo perché non ci potrà mai essere vero sviluppo senza lotta alle disuguaglianze.

Dobbiamo, in ultima analisi, lavorare – ognuno per le proprie competenze – per costruire una Europa che finalmente comprenda il vero valore della diversità che deve rappresentare non uno scoglio bensì la sorgente di un reciproco interscambio di esperienze che arricchisce e completa tutti, europei e stranieri; una Europa che, infine, diventi territorio libero in cui tutti possano decidere della loro vita e in cui possano realmente partecipare – attraverso un avvicinamento istituzionale dall'alto verso il basso – alle scelte nell'interesse di tutti e che sia, dunque, orientata verso una prevenzione costruttiva di una società umanizzata e non repressiva¹³.

Un sogno, questo? No, semplicemente l'obiettivo perseguibile e conseguibile dalla nuova generazione che deve continuare a credere in una Europa permeabile agli arricchimenti degli interscambi con chi, proveniente da altre parti del mondo, vuole autodeterminarsi per rendersi parte integrante di una società più equa e giusta.

IV. UNA PROPOSTA DI RIAPPACIFICAZIONE

«La riappacificazione non è...solo una speranza, ma la promessa di una ritrovata intesa etnica e regionale»¹⁴ ovvero, nel caso specifico europeo assume un significato certamente di ampio respiro che necessita di un approfondimento al fine di ritrovare una nuova linfa vitale che dia continuità ad un ambizioso progetto iniziato con un fine originario, a dire il vero, diverso ma che aveva quale antecedente fattuale – almeno a livello embrionale mentale – la realizzazione di un luogo di pace, libertà e benessere.

Diventa necessario, di conseguenza, approfondire gli aspetti e gli obiettivi che l'Europa in questi ultimi periodi intende perseguire e con quali strumenti o interventi stia operando per addivenire alla soluzione dell'annoso problema di chi vuole entrare nei territori europei e quanti invece vogliono innalzare barriere fisiche e mentali, ovvero per tentare una concertazione di interessi che mi piace chiamare “riappacificazione”: incontro ed accordo consapevole di opposti interessi che, comunque, presentano affinità d'intenti e obiettivi comuni.

Senza spirito e voglia di riappacificazione, senza una ragionevole e necessaria politica di governo dell'immigrazione si rischia di innescare – anche per via della falsa percezione del problema da parte dell'opinione pubblica comune, sponsorizzata ed alimentata dai partiti cosiddetti anti-immigrati – una guerra di odio che avrà quale risultato l'opposto di quanto preventivato. E' sotto gli occhi di tutti, infatti, che la chiusura degli accessi agli immigrati ha di fatto aperto e incentivato l'immigrazione gestita dalle mafie

¹³ I Paesi con maggioranze populiste, come l'Italia, continuano a legiferare norme prettamente repressive anziché preventive. Si continua, infatti, a sperperare risorse nella repressione quando invece potrebbero essere utilizzate in termini di prevenzione con azioni mirate al recupero ed alla rieducazione. Appare eclatante il dato che l'Italia, pur avendo un numero degli addetti della sicurezza – secondo quanto riportato da “Italia Oggi” del 30 novembre 2018 a p. 5 nell'articolo “Sicurezza, mezzi ok ma usati male” a firma di Domenico Cacopardo – in percentuale più alto rispetto agli altri Paesi dell'Ue (278.000 addetti su 59 milioni di abitanti contro i 243.000 della Germania su 80 milioni di abitanti e contro i 203.000 della Francia su 65 milioni), continui imperterrita nella politica repressiva invece di adoperarsi a trasformare l'amministrazione della giustizia in effettivo servizio.

¹⁴ Turco, A. (2018). *Geografia politica della Guinea post-Ebola*. Documenti geografici, (2), 1-14.

transnazionali che hanno creato un vero e proprio “business dell’illusione” di quanti vedono nell’Ue la terra dell’Eldorado¹⁵.

Non è, dunque, attraverso la restrizione che certamente per modalità ed intensità non può non essere considerata a tutti gli effetti respingimento vero e proprio in spregio alle norme sul diritto internazionale di *non-refoulement*¹⁶, che può essere risolta la piaga della immigrazione gestita dalle mafie che, in altri termini, deve essere sconfitta sul terreno della legalità e non della repressione che produrrà l’effetto contrario, come la «Storia» insegna¹⁷.

Non si comprende, insomma, che è diventata vitale necessità la riapertura di canali liberi – controllati, sicuramente, per ragioni di sicurezza e legalità – di immigrazione consapevole e responsabile che non soltanto trovi comprensione, accoglienza ed aiuti umanitari ma che sopperisca al deficit generazionale che sta vivendo l’Europa del terzo millennio.

Che l’Europa stia diventando vecchia – non soltanto retoricamente – è sotto l’occhio di tutti: «l’Europa perde ogni anno 3 milioni di lavoratori, che vanno in pensione, e non sono sostituiti da nessuno, semplicemente perché chi avrebbe dovuto sostituirli non è mai nato»¹⁸. In pratica non esiste un vero e proprio ricambio generazionale che sia in grado, senza l’insostituibile aiuto degli immigrati, a sostituire la forza lavoro che annualmente fuoriesce dalla produzione attiva¹⁹.

¹⁵ Una lucida analisi sulle varie mafie straniere che presentano un alto grado di specializzazione criminale è stata svolta da Musci, A. (2011). *Tutte le mafie del mondo*. Stampa alternativa/Nuovi equilibri. Sull’organizzazione dei viaggi gestiti dalle mafie che alimentano le illusioni di quanti sognano un futuro di pace, si veda Teracciano, U. (2013). *Il controllo delle frontiere marittime, in una prospettiva di cooperazione con i paesi del Maghreb*. Sicurezza e scienze sociali.

¹⁶ Art. 33, Convenzione di Ginevra sui rifugiati; e art. II.3, Convenzione sui rifugiati OAU. Si veda anche art. 9, Convenzione internazionale contro la presa di ostaggi, adottata il 17 dicembre 1979 con la risoluzione G.A. 146 (XXXIV), UN GAOR, 34a Sess., Supp. No. 46, UN Doc. A/34/46; art. 3, Convenzione europea sull’extradizione, adottata il 13 luglio 1957; art. 5 della Convenzione europea sulla soppressione del terrorismo, adottata il 27 gennaio 1977; art. 4, Convenzione inter-americana sull’extradizione, adottata il 25 febbraio 1981; e art. 3, Trattato modello ONU sull’extradizione.

¹⁷ Ad esempio, il risultato del divieto di vendere, produrre e importare bevande alcoliche inserito nella Costituzione americana con il Diciottesimo emendamento, entrato in vigore il 17 gennaio 1920 e rimasto in vigore fino al 17 febbraio 1933 non fu certamente quello che il Senatore Andrew Volstead, promotore della legge sul proibizionismo negli Stati Uniti, aveva immaginato e cioè che «I quartieri umili presto appariranno al passato. Le prigioni e i riformatori resteranno vuoti. Tutti gli uomini cammineranno di nuovo eretti, tutte le donne sorrideranno e tutti i bambini rideranno. Le porte dell’inferno si sono chiuse per sempre». Le conseguenze immediate del divieto di vendita degli alcoolici furono invece la riduzione delle entrate federali del 14% e, cosa ancora più grave, l’incremento della criminalità organizzata che, attraverso la vendita illegale degli alcoolici, realizzava una fonte di guadagno ingente. Sull’aspetto economico del proibizionismo, si consulti: Rossi, M. (2009). *Il costo fiscale del proibizionismo: una simulazione contabile*. Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Settembre.

¹⁸ Articolo di Allievi, S. (2018) *Migranti, ecco come una politica seria affronterebbe la questione*. Consultabile sul sito: <http://espresso.repubblica.it/internazionale/2018/07/11/news/migranti-ecco-come-una-politica-seria-affronterebbe-la-questione-1.324791>.

¹⁹ Secondo l’analisi di Andrea Telara, apparsa su “Panorama” del 3 dicembre 2015, in Italia nel 2014, a conferma della crisi generazionale di ricambio, i lavoratori che hanno iniziato a percepire una pensione, ovvero che sono usciti dal lavoro attivo, sono stati 541.982 contro 675.860 che hanno smesso di percepire l’assegno pensionistico perché deceduti o per la perdita del requisito. In pratica a fronte della fuoriuscita dal mondo del lavoro annualmente in Italia di circa duecentomila addetti questi non potrebbero essere sostituiti da nessuno, semplicemente perché chi avrebbe dovuto sostituirli non è mai nato. (<https://www.panorama.it/economia/lavoro/pensioni-tutti-i-numeri/#gallery-0=slide-4>)

Sotto questo punto di vista non si può, inoltre, ignorare – al di là delle false percezioni di pseudo invasione degli stranieri – quanto rilevato dall'Istat in Italia nel 2017 che ha registrato un “saldo naturale” negativo cioè la differenza tra numero di nuovi nati iscritti all'anagrafe dei residenti e numero di cancellati per decesso, pari a 183 mila persone²⁰.

Il risultato di tale calo del “saldo attivo” produrrà, in termini di sviluppo economico, la chiusura ermetica delle frontiere che – oltre a favorire ingressi incontrollati gestiti dalle mafie – causerà, proprio a causa del calo democratico, nel medio termine una contestuale riduzione della produzione e la migrazione dell'industria attiva in Paesi ad alto tasso di manodopera²¹.

Ciò che, forse, l'Ue non ha preso in seria considerazione è che una legittima e sostanziale accettazione politica e sociale dell'opinione pubblica potrebbe realizzarsi, propriamente attraverso l'apertura controllata dell'ingresso di chi vuole integrarsi nella società europea e che, di conseguenza, rappresenterebbe una naturale autoesclusione di chi vorrebbe stanziarsi per fini irregolari e illegali.

Una tale visione implica necessariamente l'accompagnamento del migrante, attraverso percorsi mirati e professionalizzanti, all'inserimento attivo nel tessuto produttivo che avrà, quale naturale conseguenza, oltre all'elevazione dell'autostima, un graduale sviluppo economico della regione europea, proprio per l'apporto delle esperienze individuali che in ogni caso trasferiranno²².

²⁰ Secondo gli ultimi dati Istat, nel 2017 sono nati in Italia solo 464mila bambini, il 2% in meno rispetto al 2016 quando se ne contarono 473mila. Cifre che battono il precedente record di minimo storico dall'Unità d'Italia, registrato nel 2016. E' la nona consecutiva diminuzione dal 2008, anno in cui nacquero solo 577mila bambini. I decessi sono stati invece 647mila, 31mila in più del 2016 (+5,1%) e solo mille in meno rispetto al 2015, l'anno in cui si sono contati più morti dalla fine della Seconda guerra mondiale. Il “saldo naturale” (-183mila persone) rappresenta il minimo storico: è stato superato di 21mila unità il precedente record negativo registrato nel 2015 (-162mila). Il saldo migratorio con l'estero, cioè la differenza tra il numero degli iscritti per trasferimento di residenza dall'estero e il numero dei cancellati per trasferimento di residenza all'estero, è stato in compenso positivo per 184mila unità. Sono però diminuite anche le nascite in Italia da madre straniera: sono state 90mila, il 3,6% in meno dell'anno prima. All'1 gennaio 2018, i residenti in Italia erano 60 milioni 494mila, in calo dell'1,6 per mille rispetto all'anno prima. E in media la popolazione è sempre più vecchia: il 22,6% ha almeno 65 anni, il 64,1% ha età compresa tra 15 e 64 anni mentre solo il 13,4% ha meno di 15 anni. L'età media ha oltrepassato i 45 anni.

²¹ Si rischia, a giudizio di chi scrive, d'incentivare ancor più la spinta alle imprese, strette da una crisi congiunturale senza precedenti, a delocalizzarsi in regioni nelle quali la differenza salariale è molto significativa. Basti pensare che, secondo uno studio della Verisk Maplecroft, una società che si occupa di ricerca strategica e analisi sui rischi globali, il Myanmar (che si trova tra il Bangladesh, l'India, la Cina e la Thailandia) risulta “più attraente” per gli investitori rispetto alla Cina, che è scesa al 64esimo posto e alla Thailandia, che si trova al 93esimo posto: lo stipendio minimo è inferiore a 100 dollari al mese, rispetto ai 450 dollari in Cina, come risulta da una ricerca dell'Organizzazione internazionale del lavoro. Vedi: <https://www.interris.it/archivio-storico/myanmar-nei-top-5-dei-paesi-con-il-piu-basso-coste-del-lavoro>

²² Sull'acculturamento dei giovani migranti di oggi, di consiglia: Besozzi, E., Colombo, M., & Santagati, M. (2009). *Giovani stranieri, nuovi cittadini. Le strategie di una generazione ponte*, Milan: Franco Angeli. Sulle trasformazioni sociali ed economiche e sul mutamento del mercato di lavoro, si veda il primo capitolo di: BelleSi, D. C. L. (2010). *Verso una prospettiva di lungo periodo per il sistema della formazione professionale. Il ruolo della rete formativa. Rapporto finale*, 2010 in Coli D., *I sistemi di istruzione e formazione professionale (VET) in Europa*, 2010 Pieroni, V.-Santos Fermino, A., *La valigia del “migrante”. Per viaggiare a Cosmopolis*, 2010 Prellezo, JM. Scuole Professionali Salesiane. Momenti della loro storia (1853-1953).

Sull'approvazione da parte del Consiglio europeo di Barcellona del marzo 2002 del programma di lavoro "Istruzione e formazione 2010" che - nel contesto della strategia di Lisbona - ha istituito, per la prima volta, un quadro solido per la cooperazione europea nel settore dell'istruzione e della formazione, fondato su obiettivi comuni e il cui scopo essenziale è quello di incoraggiare il miglioramento dei sistemi d'istruzione

Da ciò non si comprende l'incomprensibile distinzione che sovente, negli ultimi tempi, evidenziano i politici tra *migranti economici e rifugiati*²³ per semplificare l'accezione tra buoni e meno buoni, non comprendendo appieno che la volontà di migrare non dipende quasi mai da un unico fattore ma da un complesso di fatti, spesso correlati e conseguenti, che spaziano dalla instabile o insostenibile situazione economica nel Paese di partenza alla ricomposizione degli affetti familiari e amicali. Molto spesso la distinzione nasconde la volontà politica di precludere ai migranti l'accesso ai diritti fondamentali proprio per giustificare il respingimento o, più spesso, l'espulsione eseguita subito dopo lo sbarco e dopo, procedure di rifocillamento probabilmente non prioritariamente per ragioni umanitarie ma per la visibilità positiva nei confronti del resto del mondo. Ancora una volta, l'apparire ha prevalenza sulla sostanza che sembra sempre più incardinarsi verso la propensione a rimuovere fisicamente i migranti che non si ritiene possiedano i requisiti per essere ammessi alle procedure di protezione internazionale, proprio in ottemperanza a Decisioni (n. 1523 del 14 settembre 2015 e la n. 1601 del 22 settembre 2015) che, tutto sommato anche se prive di forza legislativa, autorizzavano misure di allontanamento forzato «dei cittadini di paesi terzi che non hanno chiesto protezione internazionale o il cui diritto di rimanere sul territorio è cessato»²⁴ e auspicavano nuove e più incisive misure per «salvaguardare i diritti delle persone bisognose di protezione internazionale» e per impedire la «migrazione irregolare»²⁵. In pratica, etichettando il migrante con l'epiteto «economico» si generalizza la motivazione della migrazione che viene così circoscritta a quella economica e cioè esclusivamente al miglioramento del proprio tenore di vita e così diventa quasi naturale «pensare» ad un respingimento mirato, magari correlato con un aiuto da elargire comunque nel Paese di provenienza.

V. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Ecco che si rende preponderante la necessità di una vera e propria riappacificazione tra Paesi riceventi e migranti che chiedono di entrare in Ue perché se si persisterà ostinatamente – come sembrerebbe orientata la politica europea – nella repulsione e repressione della immigrazione generalizzata a favore di una immigrazione esclusivamente «selezionata» in riferimento alle qualifiche possedute, comporterà, quasi sicuramente, il mantenimento dello status quo, ovvero il perdurare delle condizioni per il proliferarsi di una immigrazione gestita e fomentata da una mafia «industrializzata» che gestisce sia il viaggio che la collocazione che diventano fonti di proventi illeciti e incontrollati²⁶.

e di formazione nazionali attraverso lo sviluppo di strumenti complementari a livello di UE, si veda: Europeo, C. (2009). *Conclusioni del Consiglio del 12 maggio 2009 su un quadro strategico per la cooperazione europea nel settore dell'istruzione e della formazione* (ET 2020). Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea.

²³ Il termine «migrante economico» è stato utilizzato per la prima volta da Kunz, E.F. (1973), *The Refugee in Flight: Kinetic Models and Forms of Displacement*, in "International Migration Review". p.7. Con tale termine, l'A. indicava coloro che partono attratti da migliori prospettive economiche. Tale definizione è entrata nell'uso corrente con un significato storpiato e deviante, tant'è che molti studiosi del fenomeno migratorio non la ritengono valida perché, nella sostanza, intenderebbe individuarli quali «migranti illegali».

²⁴ Art. 7, comma 1 lett. c) Decisione n. 1523 del 14 settembre 2015 della Commissione Europea (G.U. dell'Unione europea n. L 239/146 del 15.9.2015).

²⁵ Decisione (UE) 2015/1601 del Consiglio del 22 settembre 2015 che istituisce misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia, n. 6 del «Considerando».

²⁶ Felice Manti nel suo articolo "L'immigrazione fa ricca la mafia" pubblicato su "Il Giornale.it" del 14 agosto 2014 scriveva: «È la mafia a prendere accordi con i mercanti di uomini, è la mafia la prima agenzia di collocamento dei disperati. Perché un lavoro te lo trova sempre, che sia spacciare nell'hinterland di

Urge, dunque, una riappacificazione che certamente non potrà mai essere raggiunta se, come è avvenuto in questi giorni in Italia, norme fuorvianti e repressive tentando di arginare e stroncare ogni richiesta di pacifico ingresso nel Paese. Il Decreto Sicurezza recante «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata» pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 3 dicembre 2018, n. 281 come ha evidenziato il Capo gruppo P.D. alla camera, Graziano Delrio, subito dopo l'approvazione, “creerà persone invisibili” perché le persone che, prima dell'approvazione del decreto venivano seguiti dai Comuni, adesso si troveranno sostanzialmente fuori dai percorsi regolari e perciò “vagheranno come fantasmi per le nostre città”. Il decreto, infatti, nella logica prettamente nazionalistica di chi lo ha partorito (voluto dal Ministro degli Interni Matteo Salvini, è stato approvato con i voti delle formazioni populiste Movimento 5 Stelle e Lega, oltre ad altre formazioni minori di destra) ha quale precipuo intento la drastica riduzione, se non proprio la eliminazione, dei permessi di soggiorno per motivi umanitari prevedendo esclusivamente permessi per meriti civili o per cure mediche o se una calamità naturale perversa nel Paese di origine²⁷. Raddoppiati anche i termini della concessione della cittadinanza per matrimonio che, in base all'art. 7, passa da due a quattro anni: si tratta, in pratica, di una palese violazione dell'art. 22 della Costituzione²⁸ laddove viene incredibilmente allungato il termine a quattro anni per il procedimento di riconoscimento della cittadinanza.

La ratio di tale legiferazione, a mio modesto parere, è che il migrante viene visto come nemico quando, invece, è certamente vittima dello sviluppo di un sistema economico politico che, in nome dell'accumulazione spropositata di ricchezze in mano di pochi, ha generato devastanti disuguaglianze che hanno favorito quasi insanabili contrapposizioni che sfociano, molto spesso, in odio di parte.

Il D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, convertito in legge 1° dicembre 2019, n. 132²⁹ avendo oggettivamente eliminato l'istituto della protezione umanitaria non considerandola più speciale fattispecie di protezione, ha legalizzato – ma si può mai parlare di legalità, atteso

Milano o vendere occhiali, borse o vestiti a Capri. Il clandestino che scappa dal suo Paese in cerca di una nuova vita spesso non ha scampo. Le cosche offrono un pacchetto completo: un lavoro, una paga, un tetto. L'alternativa è vivere in trenta in un appartamento e lavorare 12 ore per raccogliere cassette di arance a Rosarno che poi vengono vendute a 50 centesimi l'una alla Coop mentre magari un connazionale spaccia nell'ombra di Parco Sempione una delle 50mila dosi di coca che ogni settimana circolano a Milano, per una cifra mostruosa di contante che rientra nel circuito legale grazie a bar e ristoranti in mano ai boss, da Milano a Reggio Calabria». L'articolo è consultabile:

<http://www.ilgiornale.it/news/politica/soccorriamoli-mare-e-rimandiamoli-casa-cos-fa-leuropa-1044625.html>

²⁷ Desta preoccupazione la constatazione che comunque i provvedimenti legislativi emanati anche in spregio alle Convenzioni internazionali, nonché al diritto comunitario, trovino consensi tra la popolazione tanto che – secondo un sondaggio dell'SWG, consultabile sul sito <https://www.money.it/evoluzione-sondaggi-politici-partiti-Italia#1> - i consensi della Lega sono infatti passati dal 4% del 2014 all'attuale 32%. «Notevole anche il balzo dal 4 marzo 2018, visto che alle urne la Lega ha ottenuto il 17,35%. In sostanza Salvini avrebbe aumentato del 15% il proprio bottino di voti negli ultimi mesi attestandosi come prima forza politica del paese».

²⁸ «Nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome».

²⁹ La legge di conversione del decreto sicurezza (n. 113/2018) predisposto dal Ministro dell'Interno Matteo Salvini è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 3 dicembre 2018 ed è entrata in vigore il giorno successivo. Per una analisi critica del provvedimento, si consulti Algostino, A. (2018). *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disuguaglianza*.

che legalità è sinonimo di legittimità, ovvero presenza di motivi ragionevolmente validi? – l'irregolarità di migliaia di immigrati che alla data di entrata in vigore del decreto avevano la residenza nel Paese. Con tale nuova norma si è voluto sostanzialmente circoscrivere alcune forme esclusive di tutela al fine di evitare ogni e qualsiasi discrezionalità che, se da un lato equivale a dare certezza alla norma, dall'altro elimina ogni e qualsiasi iter logico-giuridico che il giudice deve seguire per addivenire alla decisione finale, comprimendo così la sua autonomia nella scelta e nella valutazione degli elementi probatori sui quali dovrebbe formare il suo giudizio³⁰.

Riappacificazione, dunque, significa trovare il giusto equilibrio tra aspettative di chi si rivolge all'Europa della prima ora, ovvero all'Ue quale spazio garante dei diritti fondamentali, e tra questa nuova Europa, pervasa e governata da movimenti che ne vogliono modificare l'essenza attraverso una nuova forma di autodifesa dei confini che comporterà isolamento e perdita di attrattiva. Equilibrio che, in ultima istanza, deve trovare un necessario punto d'incontro tra esigenze di non deludere le spinte provenienti dall'elettorato e la rieducazione di quest'ultimo senza alcun timore di perdita di consensi.

E' questa, a mio sommo giudizio, la via da seguire affinché i problemi dell'immigrazione vengano affrontati attraverso una strutturazione reale e non solamente assistenzialistica che lascia il tempo che trova; bisogna pensare – e questo i politici in prima persona dovrebbero comprenderlo per impegnarsi in tal senso – non ad un respingimento tout court ma ad una integrazione strutturata e permanente che si realizza attraverso l'investimento nell'immigrato quale risorsa di un migliore avvenire di tutti.

E' questa la vera riappacificazione che auspico perché dipende esclusivamente dalla volontà di tutti e di ciascuno assumersi, ognuno per il proprio ruolo, la responsabilità di affrontare il problema dell'integrazione e dell'accoglienza definitivamente ed una volta per tutte per farla divenire finalmente «normalità».

³⁰ Sul libero convincimento del giudice si veda: Canzio, G. (2003). *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*. In *Dir. pen. proc* (Vol. 1193). Si veda anche Taruffo, M. (1973). *Prove atipiche e convincimento del giudice*. In *Riv. dir. proc* (Vol. 393).



Recibido: 25.03.2019. Aceptado: 09.04.2019

FISCAL COMPACT ED ATTUAZIONE DEL PILASTRO EUROPEO DEI DIRITTI SOCIALI IN ITALIA

FISCAL COMPACT AND THE REALIZATION OF THE EUROPEAN PILLAR OF SOCIAL RIGHTS IN ITALY

Dott. GIUSEPPE ANCIONE

Universidad de Granada

giuseppancione@correo.ugr.es

ABSTRACT

On 26 April 2017, the European Commission adopted the proposal for a "European pillar of social rights", which should bind all the countries of the euro area, and be open to all other EU countries that wish to join it.

The European Pillar establishes fundamental principles and rights to support the proper functioning and fairness of labor markets and social protection systems.

At the same time, the Treaty on stability, coordination and governance of the European Union, the so-called "fiscal compact" signed on 2 April 2012, imposes constraints on the economic policies of the acceding States, which are even more stringent than those already established by the Maastricht Treaty and reiterated in the Treaty of Functioning of the European Union.

In this work we want to understand, examining in particular the Italian State, whether it is possible to implement the European Pillar of social rights while respecting the constraints imposed by the fiscal compact.

KEY WORDS: European pillar fiscal compact rights.

SOMMARIO

Il 26 Aprile 2017 la Commissione Europea ha adottato la proposta di “*Pilastro Europeo dei diritti sociali*”, che dovrebbe vincolare tutti i Paesi della zona euro, ed essere aperto anche a tutti gli altri Paesi dell’Unione Europea che desiderino aderirvi.

Il Pilastro Europeo stabilisce principi e diritti fondamentali per sostenere il buon funzionamento e l’equità dei mercati del lavoro e dei sistemi di protezione sociale.

Contemporaneamente il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance dell’Unione Europea, il cosiddetto “fiscal compact” firmato il 2 Aprile 2012, impone dei vincoli alla politica economica degli Stati aderenti, ancora più stringenti di quelli già fissati con il Trattato di Maastricht e ribaditi nel Trattato di Funzionamento dell’Unione Europea.

Nel presente lavoro si vuole capire, prendendo in esame in particolare lo Stato Italiano, se sia possibile attuare il Pilastro Europeo dei diritti sociali rispettando contemporaneamente i vincoli imposti dal *fiscal compact*.

PAROLE CHIAVE: Pilastro diritti sociali vincoli Europei.

INDICE**I.INTRODUZIONE****II.EFFETTI DEI TRATTATI DELL'UNIONE EUROPEA E DELLE CRISI FINANZIARIE SULL'ECONOMIA**

A) GLI EFFETTI DELLE CRISI FINANZIARIE E DELLE CONSEGUENTI POLITICHE ECONOMICHE PRO CICLICHE IMPOSTE DAI TRATTATI EUROPEI SUL SISTEMA ECONOMICO ITALIANO

B) LIMITI DELLA POLITICA MONETARIA DELLA BANCA CENTRALE EUROPEA

C) CARENZA DI BASI SCIENTIFICHE DEI VINCOLI IMPOSTI DAI TRATTATI EUROPEI

D) CAUSE DELLA CRISI DEL DEBITO PUBBLICO ITALIANO

III.LA SICUREZZA SOCIALE IN ITALIA ED ID PILASTRO EUROPEO

A. IL PROBLEMA DELLE PENSIONI

B. IL PROBLEMA DEL REDDITO DI SUSSISTENZA

C. MERCATO DEL LAVORO, CUNEO FISCALE E DISOCCUPAZIONE IN ITALIA

D. ACCESSO AI SERVIZI ESSENZIALI: IL CASO SICILIA

IV.LA RIPRESA DELL'EMIGRAZIONE ITALIANA ALL'ESTERO**V.CONCLUSIONI****I.INTRODUZIONE**

Il 26 Aprile 2017 la Commissione Europea ha adottato la proposta di *Pilastro Europeo dei diritti sociali*, che dovrebbe vincolare i paesi della zona euro, ed essere aperto a tutti i paesi dell'Unione Europea che desiderino aderirvi. Il pilastro Europeo stabilisce 20 principi e diritti fondamentali per sostenere il buon funzionamento e l'equità dei mercati del lavoro e dei sistemi di protezione sociale, articolati in tre categorie: *pari opportunità e accesso al mercato del lavoro, condizioni di lavoro eque e protezione e inclusione sociale*.

Il *Trattato di Maastricht*, entrato in vigore il 1° Novembre 1993, imponeva il rispetto di determinati parametri ai paesi che volevano adottare l'euro, fra i quali un rapporto debito/Pil al 60% e quello disavanzo/Pil al 3%.

Alcuni paesi tra cui l'Italia che non rispettavano i parametri, ottennero una deroga purché si impegnassero ad attuare politiche economiche che gli consentissero di convergere verso detti limiti, ribaditi dagli art. 126 e 127 del *Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea*, approvato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 Dicembre 2007, ratificato dall'Italia con legge 2 Agosto 2008 n. 130, e specificati con il protocollo n. 12 sulla procedura per i disavanzi eccessivi e 13 sui criteri di convergenza.

Detti limiti sono stati nuovamente ribaditi con il *Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance dell'Unione Europea*, il cosiddetto "fiscal compact"

firmato il 2 Aprile 2012 da 25 paesi tra cui l'Italia, che ha previsto l'inserimento del pareggio di bilancio di ciascuno Stato in «disposizioni vincolanti e di natura permanente preferibilmente costituzionale» che l'Italia ha recepito modificando l'art. 81 della Costituzione, il vincolo dello 0,5% di rapporto deficit/Pil "strutturale" cioè non legato ad emergenze, fermo restando il 3% previsto da Maastricht, e per i paesi con un rapporto debito/Pil superiore al 60% la riduzione di questo rapporto di 1/20 all'anno a partire dal 2016.

Nel presente lavoro mi propongo di valutare se questi vincoli favoriscano l'approvazione di provvedimenti che determineranno nel tempo una migliore situazione economica o non avendo basi scientifiche che dimostrino che il loro rispetto garantisca un buon andamento dell'economia, essendo stati fissati semplicemente per convenzione, non fanno altro che legare le mani ai governi, la cui sovranità viene limitata, impedendogli di attuare le politiche economiche necessarie ai loro paesi per lo sviluppo economico ed il miglioramento sociale dei loro cittadini, grazie anche all'adozione di una legislazione sociale del lavoro, che garantisca un'adeguata *previdenza, assistenza e sicurezza sociale* conformemente ai principi oggi previsti dal *Pilastro Europeo dei diritti sociali*.

E', infatti, un fatto incontestabile che la legislazione sociale del lavoro, l'andamento del mercato del lavoro e la politica economica interagiscono e si influenzano reciprocamente. Mi propongo, quindi, di indagare, in che modo l'indirizzo di politica economica imposto all'Italia dall'Unione Europea sulla base dei Trattati abbia inciso sull'economia italiana e sulle condizioni sociali dei cittadini.

A tal fine valuterò gli effetti sul sistema economico e sociale dei provvedimenti di politica economica, in particolare quelli imposti dai Trattati dell'Unione Europea, e gli eventi economici che hanno potuto in qualche modo influire sull'economia italiana, e che tipo di interrelazione esiste tra gli stessi, la globalizzazione e la ripresa dell'emigrazione italiana all'estero.

Prenderò quindi in esame le caratteristiche del mercato del lavoro e degli ammortizzatori sociali in Italia, le differenze economiche ed infrastrutturali tra territori diversi all'interno dello Stato, per capire quanto distante è l'Italia dalla piena attuazione dei principi del *Pilastro Europeo dei diritti sociali* ed in particolare sul *sostegno pieno all'occupazione, sul cambiamento di professione in sicurezza e sull'accesso ai servizi essenziali*, quest'ultima in particolare in alcuni territori specifici.

In generale, sulla base di quello che emergerà, chiarirò se è possibile attuare il Pilastro Europeo senza ripensare il "fiscal compact".

II.EFFETTI DEI TRATTATI DELL'UNIONE EUROPEA E DELLE CRISI FINANZIARIE SULL'ECONOMIA

Per capire gli effetti dei trattati Europei sulla recente politica economica italiana prenderò in esame i dati macroeconomici più rilevanti di un periodo sufficientemente ampio, per cui partirò dal 2005 esaminando l'andamento del PIL, dei fallimenti, del reddito pro capite, della produzione industriale e del tasso di disoccupazione, collegherò quindi questi dati con i più importanti provvedimenti di politica economica attuati e gli eventi economici più rilevanti avvenuti in detto periodo, per individuare eventuali correlazioni.

Ovviamente l'indagine, nell'era della globalizzazione, dovrà tenere conto non solo delle scelte fatte in Italia e degli accordi con i partner europei, ma anche delle interrelazioni con tutti gli attori economici internazionali e conseguentemente degli effetti che il funzionamento e l'andamento dei mercati commerciali, del lavoro, immobiliari e

finanziari globali hanno avuto ed hanno sull'andamento dell'economia italiana, sulla legislazione sociale del lavoro e conseguentemente sulle condizioni di vita degli italiani e sui diritti che il *Pilastro Europeo* intenderebbe sancire.

Per chiarire meglio le interrelazioni distinguerò gli effetti sull'economia dei provvedimenti imposti dalla *Commissione Europea*, quelli attuati dalla *Banca Centrale Europea* e quelli derivanti da eventi economici e finanziaria con effetti planetari.

In particolare gli eventi principali sono:

- La cosiddetta “*grande recessione*”, cioè la crisi finanziaria causata dal crollo del mercato immobiliare degli Stati Uniti ed al conseguente fallimento di molte banche importanti o alla grave crisi di molte altre, iniziata negli Stati Uniti nel 2008 e che si è manifestata in Europa nel 2009;
- I provvedimenti imposti all'Italia dalla *Commissione Europea* a seguito dell'attacco ai titoli di Stato Italiani del 2011;
- Il *Quantitative Easing* attuato dalla *Banca Centrale Europea* a partire dall'8 Marzo 2015 e finito il 31 Dicembre 2018.

Tabella 1.1: Dati macroeconomici Italiani più rilevanti dal 2005 al 2017 :

Anno	Variazione P.i.l reale	Produzione industriale	Fallimenti	R.N.L. Pro capite in dollari U.S.A.	Tasso di disoccupazione
2005	+ 2,02%	-1,8%	12.428	37.295	7,7%
2006	+2,30%	+3,1%	10.462	38.019	6,8%
2007	+1,68%	-2,5%	6.159	38.267	6,1%
2008	-0,1%	-3,2%	7.504	37.243	6,7%
2009	-6,3%	-18,7%	9.381	35.341	7,7%
2010	+1,0%	+6,9%	11.232	35.777	8,4%
2011	+0,4%	0,4%	12.153	35.899	8,4%
2012	-2,5%	-6,0%	12.543	34.837	10,7%
2013	-1,9%	-3,1%	14.128	33.829	12,1%
2014	+0,1	-1,1%	15.685	33.617	12,7%
2015	+1,0	+1,8%	14.729	33.722	11,9%
2016	+0,9%	+6,6%	13.472	34.343	11,7%
2017	+1,7%	+4,9%			10,8%

Fonti: Variazione PIL reale: tratto dal Database macroeconomico annuale della Commissione Europea, Direzione generale per gli affari economici e finanziari. Ultimo aggiornamento 2017.

Produzione industriale: Dati tratti dall'archivio dell'Istituto nazionale di statistica sulle rilevazioni delle forze di lavoro, effettuate settimanalmente con indagine campionaria, armonizzata a livello europeo come stabilito dal Regolamento n. 577/98 del Consiglio dell'Unione europea.

Fallimenti: Dati dell'osservatorio Cerved group spa Via dell'Unione Europea San Donato Milanese (MI), tratti dall'archivio dei rapporti annuali sui fallimenti, aggiornato al 2016. R.N.L.: Dati tratti dal database della Banca mondiale sugli indicatori di sviluppo mondiale aggiornato al 2016.

Tasso di disoccupazione: Database macroeconomico annuale della Commissione Europea, Direzione generale per gli affari economici e finanziari. Ultimo aggiornamento 2017.

A) GLI EFFETTI DELLE CRISI FINANZIARIE E DELLE CONSEGUENTI POLITICHE ECONOMICHE PRO CICLICHE IMPOSTE DAI TRATTATI EUROPEI SUL SISTEMA ECONOMICO ITALIANO

Dai dati raccolti ed evidenziati ed illustrati nella tabella 1.1, si evince chiaramente che questi eventi economici e queste scelte di politica economica hanno inciso in modo molto evidente sull'economia e sulla situazione sociale in Italia.

Infatti la crisi finanziaria, ha determinato nel 2009 rispetto al 2008 un crollo del P.I.L. del 6,3%, della produzione industriale del 6% ed il R.N.L pro capite è calato da 37.243 dollari a 35.341, mentre sono aumentati i fallimenti da 7.504 a 9.381 ed il tasso di disoccupazione è salito dal 6,7 al 7,7%.

Ma ancora più pesanti sono stati gli effetti dei provvedimenti pro ciclici imposti all'Italia dalla *Commissione Europea*, sulla base dei vincoli imposti dai Trattati, a seguito dell'attacco ai titoli di Stato italiani del 2011 da parte della speculazione finanziaria.

Questi provvedimenti furono approvati con decreto dal governo italiano il 6 Dicembre 2011, il cosiddetto decreto "salva Italia", e prevedevano fra l'altro l'innalzamento dell'età pensionabile ad oltre 66 anni immediatamente, indicizzandola per il futuro alla speranza di vita, l'aumento delle imposte sugli immobili, delle accise, dei bolli sui conti correnti, in generale cioè, pesanti tagli alla spesa pubblica ed aumenti di imposte, contributi e tasse.¹

Gli effetti sull'economia di questi provvedimenti sono stati disastrosi: il P.I.L., già basso per effetto della precedente crisi, è crollato ulteriormente del 2,5% nel 2012 e dell'1,9% nel 2013, per stabilizzarsi solo nel 2014 con un rialzo di appena lo 0,1%. Ancora peggio la produzione industriale calata del 6% nel 2012, del 3,1% nel 2013 e dell'1,1% nel 2014, mentre il Reddito Nazionale Lordo pro capite che era risalito nel 2011 a 35.899 dollari, ha ricominciato a scendere pesantemente arrivando ad un minimo nel 2014 di 33.617 dollari.

Al contrario i fallimenti sono saliti da 12.153 del 2011 ad un massimo di 15.685 nel 2014 e la disoccupazione si è impennata ulteriormente dall'8,4% del 2011, al 10,7% del 2012, al 12,1% del 2013, arrivando a toccare nel 2014 il record storico in Italia del 12,7%.²

¹ Provvedimenti approvati con il Decreto legge 6-12-2011 n. 201, Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità ed il consolidamento dei conti pubblici, convertito con modificazioni dalla legge 22 Dicembre 2011 n. 314.

² Ricolfi, L. *Disoccupazione mai così alta nella storia d'Italia*. 2014, p. 1. Recuperato il 20/6/17 dal sito web: <http://www.lastampa.it/2014/11/30/economia/disoccupazione-mai-cos-alta-nella-storia-ditalia-4VBL6pqa8YWsfYxjnQL8wO/pagina.html>

B) LIMITI DELLA POLITICA MONETARIA DELLA BANCA CENTRALE EUROPEA

Il terzo evento economico importante che ha inciso sul sistema economico italiano, stavolta in senso positivo, a dimostrazione che esiste una via alternativa all'austerità che funziona, è stato il cosiddetto *Quantitative Easing* cioè la creazione di moneta attuata dalla B.C.E. per acquistare i titoli degli Stati aderenti all'Euro.

Il paradosso è che il mandato della B.C.E. non prevede interventi per sostenere l'economia, come prescrive la teoria monetarista, ma solamente l'obiettivo del mantenimento della stabilità dei prezzi, sulla base dell'art. 127 del T.F.U.E.

In pratica la Banca Centrale Europea ha un mandato cosiddetto individuale, mentre opportunamente altre Banche Centrali, come ad esempio la Federal Reserve hanno un mandato duale cioè hanno come obiettivo anche quello del raggiungimento della piena occupazione.

Per cui, in ossequio al suo mandato, poiché per effetto della grave crisi economica l'inflazione era ormai prossima allo 0, la B.C.E. sta attuando il *Quantitative easing* con l'obiettivo di riportarla a valori prossimi al 2%.

In realtà l'effetto dell'intervento della B.C.E. più che sull'aumento dell'inflazione che è si lentamente aumentata ma, a mio avviso, non per effetto diretto del *Quantitative Easing*, ma per effetto indiretto della ripresa economica conseguente alla stessa, ha inciso invece direttamente sull'andamento economico, poiché ha messo al riparo i titoli di Stato italiani dall'attacco della speculazione finanziaria, ha abbassato il rendimento e conseguentemente il costo per la finanza pubblica degli stessi, allentando la pressione sul governo che non ha dovuto attuare ulteriori aumenti della pressione fiscale e ulteriori tagli alla spesa pubblica.

Cioè, il semplice allentamento delle manovre fiscali e di spesa pubblica restrittive, secondo la teoria Keynesiana, ha consentito all'economia Italiana di riprendere fiato e questo la dice lunga sul livello dell'attuale vuoto o gap di Prodotto Nazionale Lordo, cioè quello spreco di risorse produttive dovuto alla differenza tra Prodotto Nazionale Lordo reale e potenziale generato da livelli di occupazione non sufficientemente elevati.³

Il *Quantitative Easing* iniziato l'8 marzo 2015 ed è finito il 31 Dicembre 2018.⁴ L'effetto sui dati macroeconomici è stato evidente, già nel 2015 il P.I.L. reale è risalito dell'1%, per aumentare ancora dello 0,9% nel 2016, e dell' 1,7% nel 2017, la produzione industriale è salita dell'1,6% già nel 2015, ma si è impennata nel 2016 del 6,6%, per salire ancora del 4,9% nel 2017, il R.N.L. pro capite è risalito da 33.617 dollari del 2014, a 33.722 già nel 2015, per portarsi a 34.343 dollari nel 2016. Al contrario i fallimenti sono calati dai 15.685 del 2014 a 14.729 già nel 2015 per scendere ancora a 13.472 nel 2016 e la disoccupazione è scesa dal 12,7% del 2014, all'11,9% già nel 2015, all'11,7% nel 2016 ed al 10,8% nel 2017.

L'effetto del Q.E sull'andamento dei prezzi al consumo non è stato, invece, altrettanto evidente, infatti l'inflazione in Italia che era stata lo 0,2% nel 2014, alla fine del 2015 dopo quasi dieci mesi di acquisto di titoli per 60 miliardi di euro al mese⁵ non è risalita

³ Dornbusch, R. e Fischer, S. *Macroeconomia*. Società editrice il Mulino Bologna. 1980, p. 18.

⁴ Fonte Conferenza stampa del Governatore della B.C.E. del 14 Giugno 2018 che annuncia le decisioni del Consiglio direttivo.

⁵ Fonte Conferenza stampa del Governatore della B.C.E. del 22 Gennaio 2015 che annuncia le decisioni del Consiglio direttivo.

ma anzi è scesa allo 0,1%, e addirittura alla fine del 2016 dopo quasi 22 mesi di Q.E., si è andati addirittura in deflazione con un -0,1%.

Solo nel 2017 si è avuta una ripresa dell'inflazione che alla fine dell'anno è stata dell'1,2%,⁶ ancora lontana dall'obiettivo della B.C.E. ed a questo punto questo aumento sembra una conseguenza della ripresa economica determinata proprio dal Quantitative Easing, conformemente a quanto teorizza la teoria monetarista che la considera uno degli strumenti per attuare politiche economiche espansive.⁷

D'altronde la creazione di moneta per acquistare contestualmente titoli senza rimetterli in circolazione, secondo me, non crea inflazione, infatti è vero che aumenta la massa monetaria, ma è anche vero che si tolgono un pari valore di titoli dai mercati.

Per cui i soggetti che avevano investito in titoli in questo caso obbligazionari, essendo titoli agevolmente e immediatamente liquidabili, li considerano equivalenti al contante o a depositi in conto corrente, di conseguenza sostanzialmente sulle scelte di consumo o di investimento degli attori economici e conseguentemente sulle spinte inflattive il Quantitative Easing non incide, in quanto sostanzialmente la massa monetaria non muta né quantitativamente, cioè come ammontare complessivo, né qualitativamente, cioè nel senso di immediata utilizzabilità come liquidità.

D'altronde lo stesso Keynes, introdusse rispetto ai neoclassici un nuovo motivo perché la moneta può essere detenuta cioè quella di usarla come riserva di valore, ed a questo proposito moneta detenuta liquida e titoli di Stato immediatamente e facilmente liquidabili sono perfettamente paragonabili e sostituibili tra loro, svolgendo di fatto la stessa funzione.

In ogni caso è paradossale che la ripresa economica sia stata generata come effetto collaterale di un intervento della B.C.E. indirizzato a far salire l'inflazione, ed a tal proposito andrebbe riconsiderato il mandato individuale della Banca Centrale Europea, indirizzato appunto solo a mantenere la stabilità dei prezzi, rispetto al mandato duale, ad esempio, della Federal Reserve che oltre a questo obiettivo ha anche quello della piena occupazione.

C) CARENZA DI BASI SCIENTIFICHE DEI VINCOLI IMPOSTI DAI TRATTATI EUROPEI

Le politiche economiche basate sull'austerità imposte dalla *Commissione Europea*, che in Italia hanno portato alla nascita del governo tecnico per attuarle, con l'approvazione del decreto legge 6 Dicembre 2011 n. 201, si è tentato di giustificarle sulla base di un noto lavoro pubblicato da due economisti dell'Università di Harvard, che attraverso uno studio empirico, sono giunti alla conclusione che in una situazione di rapporto debito/Pil superiore al 90%, le teorie keinesiane non funzionano e diventa prioritario ridurre il debito con politiche di austerità.⁸

Ma a parte che i Trattati Europei chiedono la convergenza del rapporto debito/Pil sotto il 60%, quindi molto più in basso di quello prescritto in detto studio, lo stesso è stato decisamente contestato, fra gli altri da Paul Krugman, economista dell'Università di

⁶ Dati Istat sull'indice dei prezzi al consumo per l'intera collettività Italiana aggiornato al 28 Giugno 2018.

⁷ Dornbusch, R. e Fischer, S. (1980) *Macroeconomia*. Società editrice il Mulino Bologna. 1980, p. 29.

⁸ Rogoff, K., & Reinhart, C, *Growth in a Time of Debt*. American Economic Review, 100(2), 2010, 573-578.

Princeton, premio Nobel per l'economia,⁹ e soprattutto da un gruppo di economisti dell'Università del Massachussets che hanno dimostrato come lo studio di Rogoff e Reinhart fosse inficiato da errori metodologici e statistici che ne annullano la validità.¹⁰

Appare evidente che questo obiettivo del 60% del rapporto debito/Pil è stato deciso per convenzione e niente garantisce che il rispetto di questo vincolo determini un qualche effetto positivo. Ma una domanda sorge spontanea perché è stato scelto proprio questo limite del 60%? Per parte mia mi limito ad osservare che il rapporto debito/Pil della Germania oscilla da anni poco sopra questo limite.

D) CAUSE DELLA CRISI DEL DEBITO PUBBLICO ITALIANO

Ma per capire se gli interventi imposti all'Italia dalla Commissione Europea avessero prodotto gli effetti che si prefiggevano e se l'attacco al debito pubblico italiano sui mercati della fine del 2011 fosse giustificato, nella seguente tabella ho confrontato l'andamento del bilancio statale italiano dal 2005 al 2016, e l'andamento nello stesso periodo del rapporto debito pubblico/Pil italiano e tedesco.

Tabella 1.2: Andamento del bilancio statale Italiano e del rapporto debito pubblico/Pil italiano e tedesco dal 2005 al 2016.

Anno	Debito pubblico	Variazione Debito%	Rapporto Debito/Pil	Rapporto Debito/Pil Germania	Interessi Passivi In % pil	Avanzo Primario In % Pil
2016	2.218.471	+1,02%	132,0	68,1	4,0	1,5
2015	2.173.329	+1,01%	131,5	70,9	4,1	1,5
2014	2.137.316	+1,03%	131,8	74,6	4,6	1,6
2013	2.070.228	+1,04%	129,0	77,4	4,8	2,1
2012	1.989.978	+1,04%	123,4	79,8	5,2	2,3
2011	1.906.738	+1,03%	116,5	78,6	5,0	1,0
2010	1.851.217	+1,04%	115,4	80,9	4,6	0,1
2009	1.769.226	+1,05%	112,5	72,6	4,7	-0,8
2008	1.670.993	+1,04%	102,4	65,1	5,2	2,5
2007	1.602.069	+1,01%	99,8	63,7	5,0	3,5
2006	1.584.093	+1,04%	102,6	66,5	4,7	1,3
2005	1.518.600		101,9	67	4,6	0,3

⁹ Krugman, P. *I profeti dell'austerità si sono accorti di essere finite in trappola (ma non accettano le critiche)*. 2013, 1.

Recuperato il 21 Dicembre dal sito web: <http://www.ilsole24ore.com/art/commenti-e-idee/2013-05-05/fede-austerita-rende-ciechi-142707.shtml?uuid=AbG2BDtH>

¹⁰ Herndon, T., Ash, M., & Pollin, R.; *Does high public debt consistently stifle economic growth? A critique of Reinhart and Rogoff*. Cambridge journal of economics, 38(2), 2014, 257-279.

Fonti: Debito pubblico: Dati tratti dalla Banca dati della Banca d'Italia. Tabella Finanza pubblica: fabbisogno e debito.

Rapporto debito/Pil Italia: Dati tratti dalla Banca dati Eurostat della Commissione Europea, tavole statistiche di finanza pubblica, ultimo aggiornamento 24 Aprile 2017.

Rapporto Debito/Pil Germania: Dati tratti dalla Banca dati Eurostat della Commissione Europea, tavole statistiche di finanza pubblica, ultimo aggiornamento 24 Aprile 2017.

Interessi passivi in percentuale del Pil: dati tratti dalla Banca dati dell'Istituto Nazionale di Statistica. Report aggiornato al 1 Marzo 2018 su Prodotto Interno Lordo, indebitamento netto e saldo primario delle amministrazioni pubbliche.

Avanzo primario in percentuale del Pil: Dati tratti dalla Banca dati dell'Istituto Nazionale di Statistica. Report aggiornato al 23 Aprile 2018 Nota informativa sui principali aggregati di finanza pubblica

Quello che emerge in modo evidente dalla tabella 1.2, è che il rapporto debito/Pil in Italia è peggiorato in modo eclatante proprio subito dopo l'approvazione della legge che doveva mettere in sicurezza i conti, infatti è cresciuto da 116,5 del 2011 a 123,4 del 2012, a 129 nel 2013 fino a 131,8 nel 2014, stabilizzandosi solo a partire dal 2015 quando la B.C.E. ha iniziato ad attuare il suo programma di acquisto di titoli.

Ed ancora più chiaramente si evince che la crisi finanziaria partita nel 2008 negli U.S.A. ha inciso più pesantemente sul rapporto debito/Pil Tedesco che su quello italiano, infatti dal 2008 al 2010 il rapporto debito/Pil Italiano è passato da 102,4 a 115,4 aumentando di 13 punti, mentre quello Tedesco è passato da 65,1 a 80,9 aumentando di 15,8 punti, e questo è normale perché le banche tedesche erano molto più esposte sui titoli cosiddetti "tossici" di quelle Italiane.

Infatti lo Stato Tedesco è dovuto intervenire con 18 miliardi solo per salvare la Commerzbank e con 123 miliardi, solo per salvare le cinque maggiori Landesbanken, mentre l'Italia è dovuta intervenire solo per salvare il Monte dei Paschi,¹¹ intervento che all'epoca non ha superato i 4 miliardi di euro.¹² Un'altra cosa che si nota subito è il costante avanzo primario dei conti pubblici italiani con la sola eccezione del 2009, quando anche lo Stato Italiano è dovuto intervenire, anche se in misura minore, per salvare le banche.

E' evidente quindi che lo squilibrio nei conti pubblici italiani è determinato da cause monetarie e finanziarie e non dipende assolutamente da eccesso di spesa pubblica o da carenti entrate pubbliche, per cui continuare ad agire su queste, come richiede la Commissione Europea, senza risolvere i problemi monetari e finanziari di fondo ha portato, oltre alla forte crescita proprio di quei valori che con l'intervento si intendeva abbassare, alle conseguenze economiche e sociali disastrose evidenziate.

In pratica per abbassare il rapporto debito/Pil in Italia continuando a seguire la strada tracciata dagli attuali Trattati Europei si dovrebbe giungere ad un avanzo primario di almeno il 5% del Pil, ed in alcuni anni alla luce dei dati non sarebbe sufficiente, tenendo conto anche del fatto che gli inevitabili interventi sulle entrate e sulla spesa pubblica con ogni probabilità, come già avvenuto, continuerebbero a deprimere ulteriormente il Pil creando un circolo vizioso catastrofico per l'intero tessuto economico.

¹¹ Soldavini, P; *Da Wall Street alla Grecia ecco i grandi salvataggi pubblici delle banche. 2016, 3.* Recuperato il 10/2/2018 dal sito web: <http://www.ilsole24ore.com/art/finanza-e-mercati/2016-12-27/salvataggio-banche-intervento-misto-germania-150813.shtml?uuid=ADvFLCLC&nml=2707>

¹² Ferrara, L. *Il Monte dei Paschi e i soldi pubblici, 2013, 1.* Recuperato il 20/2/2018 dal sito web: <http://www.lundici.it/2013/01/il-monte-dei-paschi-e-i-soldi-pubblici/>

Appare quindi evidente che per abbattere il debito bisogna agire piuttosto in senso opposto sui meccanismi che l'hanno generato. Infatti risalendo indietro nel tempo, emerge che il bilancio dello stato italiano presenta un avanzo primario ininterrottamente dal 1991,¹³ ciò nonostante il debito in tutti questi anni è continuato ad aumentare, e quel che è peggio anche il rapporto debito/Pil è cresciuto in modo esponenziale.

Ciò è stato possibile perché dal 1981 i titoli di Stato Italiani, non sono protetti dalla Banca Centrale,¹⁴ che nel frattempo è ormai in gran parte privata,¹⁵ e da allora i tassi di interesse pagati dallo Stato su questi titoli, rimasti indifesi sui mercati, sono sempre stati molto alti.

La situazione è peggiorata con l'avvento dell'euro, poiché essendo il controllo della moneta ormai in mano alla Banca Centrale Europea, che come mandato si limita a perseguire la stabilità dei prezzi, potenzialmente a seguito di un consistente attacco della speculazione finanziaria l'Italia potrebbe andare incontro ad un default, cosa veramente paradossale in un Paese che presenta da oltre 25 anni un avanzo primario di bilancio.

III.LA SICUREZZA SOCIALE IN ITALIA ED ID PILASTRO EUROPEO

L'effetto combinato delle politiche fiscali e della spesa pubblica restrittive, imposte dalla Commissione Europea, e della prolungata crisi economica iniziata con la "grande recessione" e proseguita per effetto proprio delle predette politiche economiche, hanno determinato un peggioramento della situazione economica in Italia. In questa seconda parte, quindi, metterò in correlazione detti provvedimenti attuati dal governo con l'attuazione dei principi previsti dal Pilastro Europeo dei diritti sociali.

A) IL PROBLEMA DELLE PENSIONI

Un provvedimento che sicuramente ha intaccato la sicurezza sociale è quello attuato con il Decreto Legge 6-12-2011 n. 201 sul sistema pensionistico. Infatti detta legge ha previsto, tra l'altro, la progressiva e definitiva abolizione delle pensioni di anzianità, l'innalzamento dei contributi dei lavoratori autonomi senza incrementare i rendimenti, il passaggio del calcolo delle pensioni con il sistema contributivo per tutti, ma soprattutto l'innalzamento dell'età per ottenere le pensioni di vecchiaia a 66 anni immediatamente per gli uomini e progressivamente per le donne, con la previsione che per il futuro l'età per ottenere le pensioni di vecchiaia dovrà aumentare in funzione della speranza di vita ed in ogni caso non potrà essere inferiore a 67 anni per tutti dal 2022.

A parte la considerazione che l'indicizzazione dell'età pensionabile alla speranza di vita è previsto nel principio sulle *pensioni* del Pilastro Europeo, è altrettanto scontato notare che un intervento così drastico e repentino, non poteva non incidere sull'occupazione, avendo improvvisamente mutato radicalmente le caratteristiche del ricambio generazionale dei lavoratori.

Inoltre, se come detto, il Pilastro Europeo dei diritti sociali suggerisce di tenere conto nel concedere le pensioni della speranza di vita, è anche vero che raccomanda anche

¹³ Banca dati Istituto Nazionale di Statistica. Report aggiornato al 1 Marzo 2018 su Prodotto Interno Lordo, indebitamento netto e saldo primario delle amministrazioni pubbliche.

¹⁴ Vedi scambio epistolare del Luglio 1981, tra il Ministro del Tesoro ed il Governatore della Banca d'Italia dell'epoca con cui il primo esimeva il secondo dal garantire i Titoli di Stato di nuova emissione.

¹⁵ Fonte comunicazione ufficiale sulla propria composizione azionaria pubblicato dalla stessa Banca d'Italia ed aggiornata al 29/6/2018.

che le pensioni dovrebbero garantire un'esistenza dignitosa, e per attuare ciò, occorrerebbe garantire a tutti i pensionati un reddito sufficiente. Ma il passaggio al calcolo contributivo ha sicuramente ridotto di parecchio, ed in modo generalizzato le pensioni, e la crisi ha determinato un forte aumento della disoccupazione che ha sicuramente allungato i tempi per trovare lavoro e conseguentemente creato buchi negli anni di contribuzione dei lavoratori, che eroderanno in futuro ancora di più le prestazioni pensionistiche.

Per cercare di ovviare al problema sono stati introdotti i fondi pensione, affinché ciascuno possa costruirsi un'integrazione alla pensione per conto suo, ma gli sgravi fiscali per contribuire ai fondi pensione sono ammessi fino ad un ammontare massimo di 5.164,57 euro l'anno,¹⁶ una cifra assolutamente insufficiente per compensare la riduzione dell'ammontare delle pensioni, senza contare che chi resta senza lavoro, che per effetto della prolungata crisi sono parecchi, non può fruire neanche di questa opportunità.

Inoltre la riforma non ha tenuto conto dei lavori usuranti e delicati non eseguibili in età avanzata, e l'Istituto Nazionale di Previdenza Sociale, si fa carico anche dell'assistenza comprese le pensioni sociali, di invalidità, le indennità di accompagnamento che non gravano, come sarebbe corretto, sulla fiscalità generale per non pesare sulla spesa.

Per lo stesso motivo gli ammortizzatori sociali, dalla cassa integrazione, alla Nاسpi, l'attuale indennità concessa ai disoccupati, come anche l'indennità di malattia, gravano sul costo del lavoro incrementando il cuneo fiscale e determinando di conseguenza ulteriori ostacoli alla creazioni di posti di lavoro data l'eccessiva onerosità dei contributi complessivi, contribuendo a tenere alto il livello della disoccupazione e determinando così periodi di disoccupazione e conseguentemente buchi contributivi che abbasseranno ulteriormente in futuro le già insufficienti prestazioni pensionistiche.

Appare evidente, quindi, che se si vuole rispettare il fiscal compact sarà impossibile attuare questo principio del Pilastro Europeo.

Ma il paradosso è che proprio la Commissione Europea nel suo "*Pension Adequacy Report 2018*", ha criticato il sistema pensionistico Italiano, perché troppo costoso soprattutto nel lungo periodo e nello stesso tempo non in grado di garantire pensioni adeguate. La Commissione Europea nel suo rapporto specifica che ciò è causato dal trattenimento in servizio, causato dalla riforma, di persone in età avanzata, che ha fatto sì che 1 milione di giovani non trovassero lavoro, dal passaggio generalizzato ed immediato al sistema contributivo, dalla crescita del lavoro precario e dal mancato decollo delle pensioni integrative.¹⁷

Per ovviare a questa situazione, il nuovo governo Italiano, insediatosi a seguito delle elezioni del 4 Marzo 2018, si propone di intervenire sulle pensioni al fine di ripristinare in parte le pensioni di anzianità, ed a tal fine ha stanziato 4 miliardi con la legge 30 Dicembre 2018 n. 145, per attuare con un successivo decreto detto intervento.

B) IL PROBLEMA DEL REDDITO DI SUSSISTENZA

¹⁶ Vedi all'art. 8 D. Lgs. N.252/2005 richiamato dall'art.10 comma 1 lett. e bis del T.U.I.R., sulla deducibilità della contribuzione ai fondi pensione..

¹⁷ Micocci, S. Riforma pensioni bocciata dall'Unione Europea: più poveri in futuro, 2018, 1. Recuperato il 4/5/18 dal sito web: <https://www.money.it/riforma-pensioni-bocciata-Unione-Europea>.

L'Italia è insieme alla Grecia l'unico paese europeo che non prevede un reddito di sussistenza¹⁸. Ciò, anche se la sua introduzione è raccomandata fin dal 1992 dall'allora CEE,¹⁹ e ribadita in uno dei principi del Pilastro Europeo, quello del *reddito minimo*, come anche dagli artt. 151 e 153 del T.F.U.E e dall'art. 34 della *Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.*, e viene considerata indispensabile come misura per garantire altri principi previsti dal Pilastro Europeo, il *sostegno attivo all'occupazione* ed il *cambiamento di professione in sicurezza*, ma non è presa in considerazione da nessuna forza politica, perché considerata insostenibile per i conti pubblici, eccetto il movimento cinque stelle,²⁰ che ne ha fatto il cavallo di battaglia della campagna elettorale per le ultime elezioni politiche, divenendo anche grazie a questo il primo partito Italiano con oltre il 30% di consensi.²¹

In atto l'unico aiuto per chi non lavora è la Naspi un sussidio temporaneo per chi perde involontariamente il lavoro finanziato con contributi a carico delle aziende con dipendenti, concesso per un periodo massimo di due anni.²²

Di conseguenza in Italia la situazione economico-sociale è preoccupante, dai dati Istat, infatti il rischio povertà o esclusione sociale della popolazione è vicina al 30% ed appare quindi indispensabile reperire le risorse pubbliche per attuare questi principi del Pilastro Europeo, poiché continuando a fare gravare gli ammortizzatori sociali, peraltro insufficienti, sul costo del lavoro si rischia di mettere fuori mercato o comunque in difficoltà le imprese.²³

Per ovviare anche a questa situazione il nuovo governo Italiano, si è proposto di garantire a tutti un reddito minimo di cittadinanza, ed a tal fine ha stanziato 7,1 miliardi con la *stessa legge 30 Dicembre 2018 n. 145*, per attuare anche in questo caso con un successivo decreto detto intervento.

C) MERCATO DEL LAVORO, CUNEO FISCALE E DISOCCUPAZIONE IN ITALIA

Per meglio capire la situazione del mercato del lavoro in Italia, l'ho confrontato con quello della Gran Bretagna, essendo uno Stato grande e rappresentativo del mondo anglosassone. Il tasso di disoccupazione in Italia è attualmente circa il doppio di quello della Gran Bretagna, e storicamente dal 1994 non è mai stato più basso.²⁴ I mercati del lavoro italiano e britannico differiscono notevolmente. La Gran Bretagna prevede il reddito di cittadinanza²⁵, l'Italia no. In Italia il cuneo fiscale sul lavoro è al 42,3% contro

¹⁸ Perazzoli, G. (2016) *Reddito di cittadinanza, il modello sociale europeo che l'Italia ignora*, 2016, 1. Recuperato il 27/12/2016 dal sito web: <http://temi.repubblica.it/micromega-online/reddito-di-cittadinanza-il-modello-sociale-europeo-che-l%E2%80%99italia-ignora/>

¹⁹ 92/441/CEE: Raccomandazione del Consiglio, del 24 giugno 1992, in cui si definiscono i criteri comuni in materia di risorse e prestazioni sufficienti nei sistemi di protezione sociale. *Gazzetta ufficiale n. L 245 del 26/08/1992 pag. 0046 - 0048*

²⁰ Vedi disegno di legge n. 1148 comunicato alla presidenza del Senato della Repubblica italiana il 29/10/2013

²¹ Dati ministero dell'Interno sui risultati delle elezioni politiche del 4 Marzo 2018.

²² Art. 14 D.Lgs. del 4 marzo 2015 n.22 e art. 2, co. 24 bis della L. 28 giugno 2012 n. 92

²³ Indagine Istat: La povertà in Italia. Periodo di rilevazione 2017. Data di pubblicazione 26 Giugno 2018. Tipo di documento: Comunicato stampa. Argomento: condizioni economiche delle famiglie.

²⁴ Dati tratti dal database della Banca mondiale sugli indicatori di sviluppo mondiale aggiornato al 2016.

²⁵ Perazzoli, G. (2016) *Reddito di cittadinanza, il modello sociale europeo che l'Italia ignora*, 2016, 1. Recuperato il 27/12/2016 dal sito web: <http://temi.repubblica.it/micromega-online/reddito-di-cittadinanza-il-modello-sociale-europeo-che-l%E2%80%99italia-ignora/>

il 26,2% della Gran Bretagna, il costo del lavoro orario è 28,09 contro 25,72 €, la retribuzione netta invece è 20,25 contro 21,40 €.²⁶

La disoccupazione strutturalmente più alta in Italia sembra figlia a giudicare da questi dati dell'alto cuneo fiscale, cui non corrisponde una maggiore sicurezza sociale ed una migliore retribuzione dei lavoratori. Per cui non si può prescindere dallo sgravare le imprese dall'eccessivo carico fiscale e contributivo, per consentire loro di competere meglio affinché si possano *ridurre i tempi necessari per trovare un'occupazione*, sia per i giovani che per chi perde il lavoro in età più avanzata, garantendo *contratti di lavoro più sicuri, migliori retribuzioni* ed in generale *condizioni di lavoro più eque*.

D) ACCESSO AI SERVIZI ESSENZIALI: IL CASO SICILIA

Uno degli obiettivi del pilastro europeo è *l'accesso ai servizi essenziali* per tutti i cittadini. In Sicilia, dall'ultima indagine sull'argomento, l'indice delle strutture per le imprese è al 70,2% della media nazionale, quello delle infrastrutture ferroviarie è al 59,4%, mentre le strutture culturali sono al 49,5%.²⁷

A seguito della recessione iniziata alla fine del 2011, in Sicilia il tasso di disoccupazione è schizzato dal 12,8% del terzo trimestre 2011 al 20,6% del 1° trimestre 2013,²⁸ mentre il Pil è crollato nel 2012 del 4,3%.²⁹

Oltre al crollo del Pil e dell'occupazione, in Sicilia la recessione ha portato ad un incremento esponenziale dei fallimenti. Infatti a fronte di un aumento in Italia del 12% nel 2013 la Sicilia con un aumento del 27,9% è stata la regione in cui sono cresciuti di più.³⁰

La conseguenza naturale di questo grave peggioramento dei dati macroeconomici in Sicilia, è stata un gravissimo e progressivo peggioramento della situazione sociale. Da un rapporto I.Stat del 2016, 2.700.000 siciliani sono a rischio povertà o esclusione sociale, in pratica il 55,4% della popolazione, più del doppio della media nazionale, ed in aumento rispetto all'anno precedente, quando già con il 54,4% la Sicilia era la regione più povera d'Italia.³¹

Le conseguenze sociali della crisi sono state più gravi in Sicilia che presenta tassi di disoccupazione più elevati, e cresciuti molto di più che nelle altre regioni, perché l'Italia non prevede un reddito di sussistenza.

In effetti, lo Statuto siciliano consentirebbe all'Ars, di introdurlo solo nell'isola. Ma a tal proposito, la potestà tributaria autonoma prevista dallo Statuto, come tante altre parti dello stesso attendono ancora i decreti attuativi.³² Di contro l'articolo 20 dello Statuto è stato in gran parte attuato trasferendo gran parte delle spese alla Regione Siciliana e determinando uno squilibrio strutturale nei conti.³³

²⁶ Dati tratti dal database della Banca mondiale sugli indicatori di sviluppo mondiale aggiornato al 2016.

²⁷ Elaborazione Eurispes su dati Unioncamere 2012.

²⁸ Dati tratti dall'archivio dell'Istituto nazionale di statistica sulle rilevazioni delle forze di lavoro, effettuate settimanalmente con indagine campionaria, armonizzata a livello europeo come stabilito dal Regolamento n. 577/98 del Consiglio dell'Unione europea.

²⁹ Rapporto Svimez, relativo al 2013, dell'Associazione per lo sviluppo dell'industria nel Mezzogiorno, ente privato senza fini di lucro istituito il 2 dicembre del 1946.

³⁰ Dati dell'osservatorio Cerved group spa Via dell'Unione Europea San Donato Milanese (MI), tratti dall'archivio dei rapporti annuali sui fallimenti, procedure e chiusure di imprese aggiornato al 2016.

³¹ Indagine Istat: La povertà in Italia. Periodo di rilevazione 2017. Data di pubblicazione 26 Giugno 2018. Tipo di documento: Comunicato stampa. Argomento: condizioni economiche delle famiglie.

³² Costa, M.; *Introduzione allo studio dell'autonomia siciliana*. Palermo: Noi siciliani liberi. 2013, 70.

³³ Costa, M.; *Introduzione allo studio dell'autonomia siciliana*. Palermo: Noi siciliani liberi. 2013, 56.

Alla luce delle carenze infrastrutturali e del probabilmente conseguente effetto realmente devastante della prolungata recessione sul tessuto economico e sociale Siciliano, per i cittadini siciliani non solo l'*accesso ai servizi essenziali* ed il *reddito minimo*, ma anche altri principi del pilastro europeo, come il *sostegno attivo all'occupazione* ed il *cambiamento di professione in sicurezza* appaiono tanto disattesi quanto indispensabili per avere garantite condizioni di vita dignitose, ma per attuarli occorrerebbe copiose risorse pubbliche per migliorare le infrastrutture conformemente all'art. 38 dello Statuto, e prevedere una fiscalità di vantaggio che faccia ripartire gli investimenti.

A tal proposito, il 19 Dicembre 2018 è stato concluso un accordo tra lo Stato Italiano e la Regione Siciliana, nel quale lo Stato si impegna ad attuare nel corso del 2019 molte parti dello Statuto Siciliano ed in particolare si impegna entro il 30 Settembre 2019 a dare completa attuazione alle norme sull'autonomia finanziaria.³⁴ Appare però evidente che alla luce dei dati del bilancio Italiano evidenziati, e dei vincoli imposti dal fiscal compact, il governo Italiano non potrà mai rispettare entrambi.

IV.LA RIPRESA DELL'EMIGRAZIONE ITALIANA ALL'ESTERO

Un altro grave effetto della crisi è stata la forte ripresa dell'emigrazione italiana all'estero sicuramente sintomo di malessere. Dai dati Istat ricavati dall'uffici anagrafe gli italiani emigrati all'estero nel 2009 furono 37.129, nel 2014 erano già 73.415, nel 2015 sono diventati 84.560 per arrivare ad essere 114.512 nel 2016. Interessante è anche notare che tra il 2011 ed il 2015 è aumentata del 225% l'emigrazione di giovani tra i 20 ed i 24 anni, del 138% quella dei giovani tra 25 e 29 anni e del 109,6% l'emigrazione di italiani tra i 50 ed i 54 anni. Il centro studi IDOS peraltro, evidenzia che i dati reali sono molto più alti di circa 2,5 volte. A conferma di ciò l'O.C.S.E. stima in 154.000 nel 2014 e 171.000 nel 2015 gli italiani emigrati all'estero, mentre sempre secondo IDOS sono 225.663 le nuove registrazioni di italiani residenti all'estero nel 2016. In pratica l'Italia a partire dalla crisi del 2008, sta gradualmente ritornando ai flussi emigratori dell'immediato dopoguerra, che erano crollati nei tre decenni successivi fino ad attestarsi a circa 40.000 unità.³⁵

Negli anni è cresciuta esponenzialmente la percentuale di italiani che emigrano con una formazione di alto livello. Se nel 2002 il 51% di chi andava all'estero aveva la *licenza media*, oggi la percentuale è scesa al 30%, mentre sono aumentati i *diplomati* (34,8%) ed i *laureati* (30%).

Il costo di formazione è stimato in 90 mila dollari per un diplomato, 158 mila per un laureato di primo livello e 170 mila per un laureato di secondo livello, per cui la perdita complessiva dell'Italia come Paese, può essere stimata in una cifra vicina ai 9 miliardi di dollari.³⁶

³⁴ Cannizzaro A. *Soldi, tagli, rinunce e nuove leggi. Ecco l'intesa Stato Regione. 2018*, 1. Recuperato il 19 Dicembre 2019 dal sito web: https://livesicilia.it/2018/12/19/soldi-tagli-rinunce-e-nuove-leggi-ecco-lintesa-stato-regione_1021903/

³⁵ Carli, A. *Oltre 250.000 italiani emigrati all'estero, quasi quanti nel dopoguerra. 2017*, 1. Recuperato il 20/11/2017 dal sito web: <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2017-07-06/oltre-250000-italiani-emigrano-all-estero-erano-300000-dopoguerra-094053.shtml?uuid=AEuX6nsB>

³⁶ Bagnoli, L. *Migranti, l'anno scorso hanno lasciato la penisola 285.000 italiani. Più degli stranieri sbarcati sulla penisola, 2017*, 1. Recuperato il 10/4/2017 dal sito web: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2017/07/12/migranti-lanno-scorso-hanno-cercato-fortuna-allestero-285mila-italiani-piu-degli-stranieri-sbarcati-sulla-penisola/3716671/>

Appare, quindi, indispensabile per frenare l'emigrazione italiana all'estero, intraprendere politiche economiche espansive per far riprendere l'economia e mettere un argine a quello che sta diventando un vero e proprio esodo, e che tenendo conto dell'alto livello di istruzione media degli Italiani che emigrano e del costo elevato della formazione, sta determinando un impoverimento complessivo del Paese.

La piena attuazione del pilastro europeo sicuramente metterebbe un freno decisivo a questo esodo, ma è altrettanto certo che a tal fine lo Stato deve mettere in campo consistenti risorse, e ciò è impossibile senza cancellare il fiscal compact.

V. CONCLUSIONI

La conclusione che si può trarre dal presente lavoro è che in Italia per effetto della crisi economica generata principalmente dalle politiche economiche imposte dai Trattati Europei, la situazione sociale è drammatica.

Nel 2014 la disoccupazione ha toccato il record storico, l'emigrazione italiana all'estero è tornata ai livelli dell'immediato dopoguerra, esistono marcate differenze economiche ed infrastrutturali tra aree del paese cresciute negli ultimi anni, il costo del lavoro è alto per effetto del cuneo fiscale, ma le retribuzioni e le garanzie sociali lasciano desiderare.

Risulta, inoltre, evidente il mancato collegamento tra fiscal compact e pilastro Europeo dei diritti sociali.

Infatti, a conferma dell'impossibilità, da parte dei governi, di rispettare i paletti previsti dal fiscal compact dando contemporaneamente attuazione ai principi previsti dal Pilastro Europeo dei diritti sociali, basta notare che quando il governo Italiano ha deciso di intervenire sulle pensioni e sul reddito minimo garantito, ha dovuto, nelle previsioni, superare ampiamente i limiti di rapporto deficit/Pil previsti dal fiscal compact, non prevedendo alcuna riduzione del debito, e subendo per ciò, da parte della Commissione Europea la minaccia dell'apertura di una procedura d'infrazione per debito eccessivo, evitata solo dopo una lunga trattativa.

Appare chiaro quindi che i vincoli imposti dai Trattati Europei, oltre ad essere irraggiungibili seguendo la via tracciata dagli stessi, poiché le politiche economiche basate sull'austerità, essendo pro cicliche hanno determinato effetti contrari a quelli che si prefiggevano, di fatto legano le mani ai governi che conseguentemente difficilmente potranno attuare le politiche sociali necessarie per mettere in pratica molti dei principi previsti dal *Pilastro Europeo dei diritti sociali*, non potendo mettere in campo le risorse economiche necessarie, né tantomeno gli stessi potranno fare gravare i costi di dette politiche sulle imprese, perché le più piccole già gravemente provate da anni di crisi economica non potrebbero sostenerli e le più grandi grazie alla globalizzazione ricorrerebbero ulteriormente alla delocalizzazione determinando effetti sociali ancora peggiori.

Occorre quindi per attuare il Pilastro Europeo, indispensabile per garantire un'esistenza dignitosa ai cittadini, mutare radicalmente la politica economica dell'Unione Europea, in particolare all'interno dell'area euro, mettendo in atto teorie economiche universalmente riconosciute, come quelle del moltiplicatore e dell'acceleratore ed una politica monetaria conforme alla teoria monetarista che consenta anche, ove necessario, di difendere i Titoli di Stato dei paesi aderenti all'euro, dagli attacchi della speculazione finanziaria, mantenendo così bassi tassi di interesse sugli stessi, e quando possibile, come nell'attuale congiuntura, abbattendo lo stock di titoli in circolazione attraverso anche interventi cosiddetti "non convenzionali" e non improbabili politiche di austerità senza alcuna base scientifica.



Recibido: 07.03.2019. Aceptado: 25.04.2019

LA FORMACIÓN PROFESIONAL Y EL MERCADO DE TRABAJO EN SICILIA

PROFESSIONAL TRAINING AND THE LABOR MARKET IN SICILY

TERESA TREVISO

Instituto de Migraciones

Universidad de Granada

valeriatreviso@yahoo.it

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la situación de la formación profesional en Sicilia a partir del marco legislativo. La región de Sicilia es una de las cinco regiones de Italia que es autónoma, o sea, tiene la oportunidad de legislar, manteniendo los principios de la Constitución y decidir si aplica o no las leyes del Estado. Una de las áreas en las que la Región emplea esta autonomía es la educación y la formación escolar, que en la isla cuenta con un número considerable de docentes, empresas contratadas y aprendices, así como recursos financieros.

En 2003, los operadores prestaron sus servicios en aproximadamente 4300 cursos y 300 sucursales multifuncionales previstas por el "Plan regional de la oferta de formación" decretado en virtud de la Ley 24/76 y financiado con recursos del presupuesto regional, por el Ministerio de Trabajo en lo que respecta a la obligación de formación y al FSE; aproximadamente 155 millones y 500 mil € en el presupuesto regional, algo menos de 20 millones de euros de origen ministerial para la obligación de capacitación y más de 56 millones de € en base a dos medidas del FSE, por una suma de poco menos de 231 millones y 250 mil €. El gasto de 231 millones y 250 mil €, mencionado anteriormente, se incluye en la suma de más de 384 millones 815 mil € de los cuales, en el curso de la investigación, hubo ciertos rastros del compromiso de gasto para 2003. Este compromiso de gasto está compuesto por más de 169 millones 626 mil € de origen regional, 61 millones 268 mil € de origen nacional, 142 millones 100 mil € de origen comunitario y 11 millones 826 mil € de cofinanciación privada.¹

A pesar de estas cifras tan considerables, la formación profesional no siempre representa para la Región una oportunidad para el crecimiento y el desarrollo, ya que el mercado laboral sigue siendo hostigado por el alto desempleo, aún mayor la tasa juvenil, a nivel nacional. Un problema que no solo afecta la economía sino que también ralentiza el futuro de la Región y la priva de un enorme capital humano.

PALABRAS CLAVE: Sicilia, formación profesional, mercado de trabajo, jóvenes.

¹ Albini E.; La Formazione Professionale nella Regione Siciliana, *Relazione del convegno di Roma del 16 Marzo*. 2004, p.3

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the situation of vocational training in Sicily from the legislative framework. The region of Sicily is one of the five regions of Italy that is autonomous, that is, it has the opportunity to legislate, maintaining the principles of the Constitution and deciding whether or not to apply the laws of the State. One of the areas in which the Region uses this autonomy is education and school training, which on the island has a considerable number of teachers, contracted companies and apprentices, as well as financial resources. In 2003, the operators provided their services in approximately 4300 courses and 300 multifunctional branches foreseen by the "Regional Plan of the training offer" decreed by Law 24/76 and financed with resources from the regional budget, by the Ministry of Labor. as regards the training obligation and the ESF; approximately € 155 million and € 500 thousand in the regional budget, a little less than € 20 million from the ministerial origin for the training obligation and € 56 million from two ESF measures, for a sum of just under 231 million and 250 thousand €. The expenditure of 231 million and 250 thousand €, mentioned above, is included in the sum of more than 384 million 815 thousand € of which, in the course of the investigation, there were certain traces of the expenditure commitment for 2003. This spending commitment is made up of more than 169 million 626 thousand euros of regional origin, 61 million 268 thousand euros of national origin, 142 million euros 100 thousand of community origin and 11 million 826 thousand euros of private co-financing.

Despite these considerable figures, vocational training does not always represent an opportunity for growth and development for the Region, since the labor market continues to be harassed by high unemployment, even higher the youth rate, at the national level. A problem that not only affects the economy but also slows down the future of the region and deprives it of enormous human capital.

KEYWORDS: Sicily, professional training, job market, young people

SUMARIO

I. SITUACIÓN ACTUAL

II. EL MERCADO DE TRABAJO

III. CONCLUSIONES

I.SITUACIÓN ACTUAL

La educación y la formación profesional constituyen los principios que se imponen a todos los ciudadanos, así como todos los extranjeros presentes en el territorio italiano, incluso aun no teniendo permiso de residencia, a la educación obligatoria. De acuerdo con la Constitución italiana, todos los menores entre 5 y 16 años deben asistir a la escuela y pueden elegir de forma autónoma entre escuelas secundarias (clásicas y científicas), institutos técnicos o profesionales. Solo se puede delegar en las regiones la formación profesional² que pueden gestionar en primera persona las diferentes escuelas o aprovechar acuerdos con estructuras privadas o religiosas.³

Sin embargo, Sicilia, junto con otras regiones y las provincias de Trento y Bolzano, es única, como región con un estatus especial. Además, debemos recordar que Sicilia no tiene solo un estatuto especial sino que también es autónoma, lo que significa que, limitado a algunas áreas establecidas por el Estatuto Regional y ratificado por la Constitución, puede legislar, siempre que las normas emitidas no estén en conflicto con la propia Constitución. El artículo 17 del Estatuto de Sicilia establece las áreas dentro de las cuales se aplica dicha autonomía; dice así:

Dentro de los límites de los principios e intereses generales bajo los que se rige la ley del Estado, la Asamblea Regional puede, a fin de satisfacer las condiciones e intereses particulares de la Región, emitir leyes, incluida la organización de servicios, sobre los siguientes asuntos concernientes a la Región:

- a) comunicaciones y transporte regional de cualquier tipo;
- b) higiene y sanidad pública;
- c) asistencia sanitaria;
- d) educación media y universitaria;
- e) regulación del crédito, seguro y ahorro;
- f) legislación social: relaciones laborales, seguridad social y asistencia social, respetando los mínimos establecidos por las leyes del Estado;
- g) mercados y alimentación;
- h) asunción de servicios públicos;
- i) todas las demás materias que involucran servicios de prevalente interés regional.⁴

En conformidad con las disposiciones del Estatuto Regional, la ley regional de 1976 establece cómo Sicilia aplica su autonomía en el campo de la formación profesional y la organización de la misma. De hecho, en esa ley, se definen qué tipos de formación profesional se establecen, en qué estructuras o qué tipo de acuerdos se estipulan con organismos privados, cada cuántos años se modifica la oferta de formación y cualquier

²Ley n. 845 de 1978 “Ley sobre el tema de la formación profesional”.

D.Presidencial n. 478/1973, “Constitución del Instituto para el desarrollo de la formación profesional de los trabajadores, con sede en Roma”. Constitución art. 117.

³ Cammalleri C. M.,; *La proposta di riforma formazione professionale in Sicilia* (d.d.l.r. 906 /2004), Palermo, Annali Facoltà di Economia dell’Università degli Studi di Palermo. 2005, p. 1.

⁴ Estatuto de la Región de Sicilia, texto coordinado del Estatuto especial de la Región de Sicilia aprobado con R.D.L. 15 de mayo de 1946, n. 455 (publicado en el GURI⁴ del Reino de Italia n. 133-3 del 10 de junio de 1946), convertido en ley constitucional el 26 de febrero de 1948, n. 2 (publicado en el GURI n. 58 de 9 de marzo de 1948), enmendado por leyes constitucionales el 23 de febrero de 1972, n. 1 (publicado en el GURI n. 63 de 7 de marzo de 1972), 12 de abril de 1989, n. 3 (publicado en GURI n. 87 del 14 de abril de 1989) y 31 de enero de 2001, n. 2 (publicado en el GURI n. 26 del 1 de febrero de 2001). p.5.

otra especificación. La Región de Sicilia promulga anualmente nuevos cursos de formación profesional que se ajustan a las demandas del mercado laboral y persiguen los siguientes objetivos:

- a) garantizar la coherencia de las intervenciones que se realizan en el campo de la formación profesional, en línea con las indicaciones contenidas en los planes de desarrollo económico regional;
- b) realizar el control y la coordinación de la Región en el sector, evitando la dispersión de las intervenciones y que tiende a garantizar en todo el territorio de la Región el servicio de formación profesional a través de los centros de formación profesional, cuya gestión se encomienda preferentemente a las autoridades locales;
- c) hacer una selección rigurosa de las iniciativas a ser admitidas como una contribución, en términos de eficiencia y adecuación técnica de los centros y de la adhesión de las propuestas a los programas regionales.⁵

Posteriormente, también gracias a los cambios realizados a nivel nacional con el decreto legislativo n. 276 de 2003, la Región de Sicilia ha modificado su propio sistema mediante la introducción del Decreto Legislativo n. 906 de 2004, con el que, manteniendo las disposiciones anteriores, se pretendía racionalizar el gasto público para continuar con la alta oferta formativa. El problema del gasto público en la formación profesional es un tema bastante importante en esta región, debido a que las estructuras acreditadas que proporcionan cursos cada año son más de mil seiscientos para casi cinco mil estudiantes y un coste anual de trescientos millones de euros al año solo para los profesores implicados en la docencia. Estas cifras se vuelven aún más impresionantes si consideramos que la mayoría de los participantes, a pesar de sus esfuerzos, se quedan desempleados y que la calidad de los cursos ofrecidos no siempre está en línea con las expectativas. No debemos olvidar que, hasta la fecha, la región de Sicilia tiene una tasa de desempleo muy alta a pesar de contar con actividades que nadie hace por falta de formación en el sector.⁶

Para mejorar esta situación descrita, el objetivo del Decreto Legislativo n. 906/2004 es la formación del llamado "catálogo regional de profesiones" que modificado y revisado anualmente, tiene como propósito registrar los puestos de trabajo más solicitados y activar los cursos de formación necesarios para esos puestos, a fin de hacer aún más fuerte y evidente el vínculo entre formación y trabajo. De esta manera, la Región de Sicilia quiere eliminar la brecha entre lo que se enseña en los cursos de formación y lo que los alumnos realmente harán en el lugar de trabajo. Entendida así, la formación profesional no se olvida de la relación con las empresas y del vínculo fundamental que debe existir entre las instituciones educativas y el emprendimiento. En este sentido, muchas reformas también en el ámbito nacional han dado los pasos para superar la crítica que a menudo se hace a la escuela, o sea, el ser demasiado teórica y poco práctica. Esta crítica, hay que subrayar, no concierne a la escuela en sentido estricto sino también a la universidad, especialmente en el contexto de aquellas facultades más científicas y técnicas que, en virtud de su naturaleza, requerirían una mayor contribución práctica que puramente teórico-cognitiva. Por esta razón y limitado al entorno escolar, a la vez que se reconoce la importancia de la educación obligatoria, la región de Sicilia desea proporcionar a sus alumnos una educación completa, como se puede leer en el art. 12 de la ley en cuestión:

⁵ Ley Regional n. 24/1976, "Formación profesional de los trabajadores". p.3.

⁶ Cammalleri C. M.; *La proposta di riforma formazione professionale in Sicilia* (d.d.l.r. 906 /2004), Palermo, Annali Facoltà di Economia dell'Università degli Studi di Palermo. 2005, p.3.

1. La Región de Sicilia, con el fin de implementar el derecho-obligación a la educación y la formación, promueve un sistema integrado de ambas para la educación durante al menos doce años, o hasta los dieciocho años de edad, para el logro de cualificaciones y especializaciones, usando también aprendizajes y apoyando iniciativas de alternancia escuela-trabajo, como lo exige la ley del 28-03-2003, n. 53 y la ley del 14-02-2003, n. 30 y adiciones posteriores.

2. Con este fin, lleva a cabo acciones conjuntas del Departamento de Formación Profesional y del Departamento de Educación, según lo dispuesto en el art. 4, para permitir que los estudiantes que hayan completado el primer ciclo de estudio continúen su formación a través de métodos que faciliten los pasos y las reinscripciones entre la educación y la formación profesional, y viceversa.

3. Para el cumplimiento del derecho - deber de la educación y la formación, y para la adquisición de un título o cursos de perfeccionamiento, se hace referencia a los métodos establecidos en los art. 48 y 50 del D. L., del 10-09- 2003, n. 276, implementando la ley del 14-02-2003, n.30.

4. La Región también promueve acuerdos entre instituciones educativas e instituciones formativas, empresas, asociaciones de representación, cámaras de comercio, organismos públicos y privados, incluidos los del tercer sector, disponibles para acoger a los estudiantes en períodos de prácticas, a fin de garantizar, en conformidad con el art. 4 de la Ley de 28-03-2003, n. 53, la realización de cursos de segundo ciclo en alternancia escuela-trabajo, como una forma de implementar la formación.⁷

La formación profesional también activa contratos de aprendizaje que consienten a los estudiantes de 15 años que abandonan la escuela obligatoria continuar su educación mediante la estipulación de un contrato especial que les permita obtener un título de estudio y al mismo tiempo trabajar. Estos contratos se han regulado con la reciente reforma laboral emitida por el gobierno nacional y denominada “Jobs Act”, que identifica tres niveles de especialización a los que el joven candidato puede aspirar. En cumplimiento de las disposiciones, la Región siciliana ha acogido la ley nacional y emitido el decreto intersesional del 20 de junio de 2016, n. 3082 que fija los términos de los tres niveles de aprendizaje previstos. La aplicación de este decreto contó con la participación de la Oficina Regional de Educación, con la cual se ratificó un acuerdo interconfederal el 7 de diciembre de 2016.⁸

Según lo establecido por la Región de Sicilia, el aprendizaje de primer nivel permite la obtención de la cualificación y el diploma profesional, diploma de educación secundaria superior si se asistiera un año adicional, o el certificado de especialización técnica superior. La duración del contrato de aprendizaje varía de acuerdo con el título que se quiere conseguir, mientras que los beneficiarios deben tener entre 15 y 25 años.⁹

⁷ D.d.l.r. n. 906/2004, “Disciplina del sistema de oferta de formación integrada de la Región de Sicilia”. p.5.

⁸ Battaglia A.,; “L'apprendistato in Sicilia dopo il Jobs Act”, *Bollettino adapt* del 29 Maggio. 2017, p.1

⁹ D. A. n. 3082/2016, Disciplina de los perfiles de formación del contrato de aprendizaje de primer, segundo y tercer nivel.p. 10 – 11.

Una de las peculiaridades de la disciplina del aprendizaje en la Región de Sicilia es la atención dedicada a las relaciones de los aprendices estacionales a plazo fijo. Esto se justifica por la particularidad del territorio siciliano, cuya economía aún se basa en gran medida en la agricultura, un sector en el que el trabajo estacional es el principal tipo de ocupación. Esto es índice del hecho de que al regular el aprendizaje no se puede ignorar la dimensión territorial en la que se debe aplicar. Con respecto a las relaciones temporales a tiempo definido, los puntos principales de la disciplina son los siguientes:

- Es posible articular el aprendizaje durante varias temporadas a través de varias relaciones temporales a tiempo definido;
- La duración total será la duración de la relación laboral temporal, incluida la formación interna, más la duración de la formación externa llevada a cabo antes o después de la conclusión o el inicio de la relación laboral temporal.¹⁰

Por otro lado, el aprendizaje de segundo nivel tiene como objetivo proporcionar conocimiento transversal y caracterizante. Está dedicado tanto a los que tienen entre 15 y 25 años, como a aquellos que ya tienen un diploma profesional y desean profundizar su instrucción, o para aquellos que están en movilidad y necesitan ampliar su preparación. En este último caso, la ley no establece límites de edad para los estudiantes. Por último, el contrato de aprendizaje del tercer nivel permite el logro de un diploma de técnico superior, una licenciatura de primer ciclo (tres años), una Licenciatura completa (4-5 años), un máster universitario de I y II nivel, un doctorado, cualquier actividad de investigación o una práctica. En este caso, la duración mínima esperada es de 6 meses, mientras que la duración máxima se establece según el tipo de título que se desea alcanzar. También existe un período de prueba que, sin embargo, no puede exceder la duración de tres meses al final del cual, obligatoriamente debe asignarse un contrato de aprendizaje.

La disciplina de aprendizaje de la educación superior y la investigación ya se había indicado en el Decreto intersesional de 20-06- 2016, sin embargo, entró en funcionamiento, con algunas modificaciones, con el acuerdo inter-regional, del 7-12-2016, el mismo que integró la disciplina del primer nivel de aprendizaje, implementado posteriormente por el DGR 14-12-2016. Las características especiales del sistema de aprendizaje desarrollado por la Región de Sicilia se introducen de nuevo el 7-12- 2016, en un acuerdo inter-regional para la disciplina específica de aprendizaje para las prácticas para el acceso a las profesiones profesionales.¹¹

Como hemos visto, el sistema de formación profesional en Sicilia es bastante complejo y articulado, pero, sobre todo, con el tiempo ha sufrido varios cambios para optimizar los resultados y alinearse con las directivas nacionales. También se ha dicho que "utiliza" la colaboración de estructuras privadas y religiosas y, entre ellas, una de las más activas es sin duda la salesiana. Los salesianos están presentes en todo el territorio nacional y en cada región realizan sus propios proyectos formativos que están englobados en lo que se llama la "Piazza dei Mestieri" (Plaza de los Oficios). A través de este proyecto, activo en toda Italia, los salesianos pretenden enseñar diferentes oficios que van desde la restauración hasta el turismo. El éxito de un proyecto tan ambicioso claramente no es transversal. En Turín, por ejemplo, este proyecto tuvo una gran resonancia y, sobre todo, excelentes resultados, la "Piazza dei Mestieri" logró formar a jóvenes que se han

¹⁰ Battaglia A., "L'apprendistato in Sicilia dopo il Jobs Act", *Bollettino adapt* del 29 Maggio.2017, p. 3 - 4

¹¹ Battaglia A.; "L'apprendistato in Sicilia dopo il Jobs Act", *Bollettino adapt* del 29 Maggio. 2017, p.4

convertido en la excelencia en su sector y un ejemplo para otros jóvenes. Por el contrario, debe tenerse en cuenta que en Sicilia los resultados no han sido los mismos. La culpa de tal "derrota" no es de ninguna manera imputable ni a los profesores, igualmente válidos y preparados en todos los contextos y en todas las regiones de Italia, ni a los estudiantes que respondieron con entusiasmo a lo que se propuso. El punto frágil, en el contexto que acabamos de describir, está representado por la Región de Sicilia que, como institución, suele retrasarse con la programación de los cursos, no proporcionan fechas ciertas a los estudiantes que a menudo después de largas esperas, y a pesar del entusiasmo inicial, prefieren abandonar los encuentros educativos. Al mismo tiempo, la cobertura financiera a menudo es bastante pequeña y esto obliga a las instituciones a no permitir la activación de todos los cursos, sino solo algunos y no siempre los necesarios. Esta situación y una serie compleja de problemas y fallos significan que en Sicilia, aunque existe un importante problema de empleo, la formación profesional no puede satisfacer ni el mercado laboral ni las expectativas de los estudiantes.¹²

II. EL MERCADO DE TRABAJO

El mercado laboral en Sicilia se caracteriza por un alto desempleo que golpea la región desde hace décadas, y que, claramente, se intensifica en tiempos de crisis, donde todas las zonas del país, incluso las más industrializadas, registran disminuciones en el sector del empleo. La desocupación es una plaga casi irresoluble en una región como Sicilia que ha experimentado grandes movimientos migratorios primero en América y luego en Alemania desde principios del siglo XX. Aunque la tasa de paro en general es de alrededor del 13% (datos de 2007), el desempleo juvenil alcanza niveles mucho más altos y obliga aún actualmente a muchos jóvenes a emigrar al norte del país o incluso a otros países europeos. Por lo tanto, se puede afirmar que:

Es particularmente preocupante la cifra del desempleo juvenil, que, si bien sigue siendo coherente con la tendencia general de disminución de la tasa de paro a largo plazo, coloca a Sicilia en el primer lugar en el ranking de las regiones con la tasa más alta. Claramente, la tendencia muestra una dinámica positiva para el contexto social de la isla, elevando el nivel del 52.6% en 1998 al 37.2 registrado en 2007. Esta dinámica encuentra entre sus causas el efecto de las políticas laborales activas implementadas en los últimos años, y en particular en la mayor permanencia de los jóvenes en el sistema de formación. [...] Al desagregar la tasa de desempleo entre la población masculina y femenina, parece que la agrave el peso relativo a la población femenina. Y principalmente en Sicilia, donde los servicios dirigidos a las familias (guarderías en particular) no satisfacen la demanda de la población, lo que lleva a la permanencia de muchas mujeres jóvenes en la condición de buscar un trabajo que pueda ser compatible con las necesidades familiares, y esto en una franja de edad donde es más probable entrar en el mercado laboral.¹³

Es evidente que, según aumenta la edad a la que se accede al mercado laboral mayor será la dificultad de encontrar un puesto de trabajo, de participar en oposiciones, de desarrollar una carrera y hasta de acceder a una cuota de pensión aceptable. Por lo tanto, en contrapartida a una región que pierde su fuerza de trabajo, ya que los jóvenes prefieren irse en vez de conformarse con empleos ocasionales, se debe notar que los sectores más desarrollados del mercado laboral son la agricultura y el sector terciario. De hecho, como

¹² Di Fazio G.; *Le due Italie della formazione professionale*, La Sicilia. 2015, p.1

¹³ ISTAT *Il mercato del lavoro in Sicilia*. 2008, p. 7 – 8.

hemos visto, la formación profesional se concentra principalmente en estos sectores, así como los contratos de aprendizaje, precisamente porque las dos riquezas de la región son precisamente los productos agrícolas, de los cuales varias IGP (Identificación Geográfica Protegida) y servicios, especialmente en ámbito turístico. En este sentido, cabe destacar que existen diferentes cursos profesionales que conciernen a este sector, con el fin de capacitar al personal adecuado para las diversas estructuras de la isla. Por el contrario, Sicilia no tiene una vocación industrial, ya que no son muy numerosas y las pocas presentes tienen que ver la mayor parte con la industria agroalimentaria; raras veces los jóvenes deciden invertir en la creación de nuevas industrias, ya que hay una importante escasez de capital para invertir y es difícil acceder a los créditos y microcréditos.¹⁴

A pesar de estos problemas, la región de Sicilia tiene un gran potencial que debe abordarse para producir los resultados deseados. Claramente, un papel de liderazgo se confía a la formación profesional, que en este sentido es una gran oportunidad para la colocación de los jóvenes en el mercado laboral. Al mismo tiempo, el ISTAT (Instituto Nacional de Estadística) identifica algunas directivas dentro de las cuales debe orientarse la acción de la Región de Sicilia:

a) Intervenciones integradas dirigidas a promover la creación de una red territorial de servicios de formación y orientación, en beneficio de gerentes y empresarios, con el objetivo de: 1) fortalecer las habilidades en marketing y gestión empresarial para facilitar el acceso a los mercados nacional y extranjero; 2) promover la adquisición de habilidades para apoyar la investigación, la introducción y difusión de la innovación y la experimentación en la empresa, con especial referencia a la realineación de habilidades en los sectores más avanzados tecnológicamente y la difusión de la ecoinnovación y las tecnologías del medio ambiente; 3) promover la creación y el fortalecimiento de cadenas de producción internacionales dentro de la cuenca mediterránea y programas conjuntos de formación con empresas de terceros países; 4) fortalecer la competitividad del sistema turístico siciliano.

b) Intervenciones de formación y orientación para el desarrollo de spin-offs para incentivar la creación de una empresa innovadora, para completar las cadenas productivas regionales.

c) Formación en apoyo a la reestructuración de empresas, apoyo a innovaciones tecnológicas y organizativas y desarrollo de sectores innovadores.

d) Promoción de la responsabilidad social corporativa.

e) Asistencia y tutoría para la realización de acciones de Investigación y Desarrollo en empresas.¹⁵

III. CONCLUSIONES

Por tanto, parece evidente que la Región de Sicilia debería invertir cada vez más en la formación profesional de los jóvenes, no solo en los sectores clásicos que siempre han caracterizado la economía de la isla sino especialmente en la iniciativa empresarial, fomentando las ideas más innovadoras y acompañando a las empresas emergentes en la

¹⁴ ISTAT Il mercato del lavoro in Sicilia. 2008, p. 21.

¹⁵ ISTAT Il mercato del lavoro in Sicilia. 2008, p.29.

fase de diseño y demás. De hecho, cada vez más jóvenes deciden irse de la isla cada año, ya que las posibilidades de encontrar un empleo son cada vez menos. Con este fin, la formación profesional podría ser una oportunidad para una de las regiones italianas que tiene el triste récord de desempleo juvenil.



RECENSIÓN

SISTEMA ESPAÑOL DE PENSIONES: REVISIÓN CRÍTICA DE LOS ELEMENTOS COMUNES AL CÁLCULO DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS (NORMAS SOBRE TOPE MÁXIMO DE PENSIONES, CUANTÍAS MÍNIMAS Y REVALORIZACIÓN DE PENSIONES)

Autora: ELISABET ERRANDONEA ULAZIA.

Editorial: COMARES.

.....

Tengo el placer de escribir esta recensión sobre la publicación titulada *Sistema español de pensiones: revisión crítica de los elementos comunes al cálculo de pensiones contributivas (Normas sobre tope máximo de pensiones, cuantías mínimas y revalorización de pensiones)* de Elisabet Errandonea Ulazia (Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea, UPV-EHU). Dicha obra se publica por la editorial Comares, en la Biblioteca Comares de ciencia jurídica, dentro de la Colección Trabajo y Seguridad Social, dirigida por José Luis Monereo, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.

Este libro se divide en cinco capítulos titulados respectivamente: “*Pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas*” y “*prestaciones sociales suficientes*” como requisitos exigidos por la Constitución española (Capítulo I), *Los problemas del actual sistema español de pensiones* (Capítulo II), *El tope máximo de pensiones y las “pensiones adecuadas”* (Capítulo III), *Los complementos para pensiones inferiores a la mínima* (Capítulo IV) y *La revalorización de pensiones* (Capítulo V).

Dicha obra, de acuerdo con su introducción, se plantea como objetivo “analizar si efectivamente la normativa española referida a las pensiones públicas que debería garantizar su suficiencia y actualización periódica realmente lo hace” y “estudiar si lo que se afirma con palabras se corresponde con lo que sucede con la realidad de las pensiones públicas; si el perseguido logro de la suficiencia de pensiones públicas es realmente el resultado de las sucesivas normas reguladoras de las pensiones e incluso si es realmente uno de los objetivos que se pretende alcanzar como consecuencia de los mandatos constitucionales recogidos en los artículos 41 y 50” de la Constitución española.

El Capítulo primero está dedicado al estudio de los principios constitucionales recogidos por los artículos 41 y 50 de dicha norma, de acuerdo con los cuales “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad...”, y “los poderes públicos garantizarán mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera

edad...”. Así, en este primer capítulo se analizan cuestiones como la suficiencia de las prestaciones en los niveles contributivo y no contributivo de la Seguridad Social, la suficiencia de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, la suficiencia en algunas normas internacionales multilaterales, cuál es la función de las prestaciones públicas y la asistencia complementaria libre, así como los conceptos constitucionales de adecuación y actualización periódica de las pensiones.

El capítulo segundo aborda dos relevantes cuestiones relacionadas con el sistema español de pensiones como son la influencia de la Unión Europea en materia de pensiones y las pensiones de las mujeres. A pesar de que la competencia de la Unión Europea en materia de Seguridad Social se circunscribe a la coordinación de cara a hacer efectivo el derecho a la libre circulación de trabajadores, el Método Abierto de Coordinación en materia de pensiones ha tenido una indudable influencia en dicha materia. Así, se estudian dos de las tendencias marcadas por dicho Método Abierto de Coordinación en materia de pensiones como son la tendencia a reducir las prestaciones proporcionadas por los sistemas públicos de pensiones y la tendencia a la privatización de los sistemas de pensiones.

En cuanto a las pensiones de las mujeres, se aborda en primer lugar cómo los cambios introducidos por los sistemas de pensiones en Europa afectan a las pensiones de las mujeres, así como la cuestión de la brecha de género de las pensiones en Europa. A continuación se analiza con detalle cuál es la situación de las mujeres pensionistas en España y cuáles son los factores que determinan dicha situación, tanto los que provienen del mercado de trabajo como los que provienen de la propia normativa de Seguridad Social.

El Capítulo tercero se dedica a estudiar el tope máximo de pensiones en España desde su origen hasta el momento presente, dando cuenta de las reformas legislativas recientes referidas a los casos en que se retrasa la edad de jubilación, como a los casos en que se aplican coeficientes reductores por edad, así como en los casos en los que se aplica el complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social.

Asimismo, el estudio se detiene en explicar los aspectos más discutibles de dicho tope máximo como son su efecto negativo sobre la protección, cómo afecta a la regla de proporcionalidad en el cálculo de las pensiones contributivas, así como el diferente trato que la normativa da a las situaciones de pluriempleo y pluriactividad.

El Capítulo cuarto aborda la importantísima cuestión de los complementos para pensiones inferiores a la mínima, dado el papel fundamental que cumplen como elemento de solidaridad dentro del sistema de la Seguridad Social. Se aborda, en primer lugar, el estudio de las cuantías mínimas de las pensiones contributivas, apartado éste en el que se tratan cuestiones como cuál es su concepto y fundamento, las pensiones mínimas en la normativa internacional, las diferentes cuantías mínimas en el ordenamiento español (las situaciones de necesidad amparadas por dicha cuantías mínimas, las diferentes cuantías mínimas en función de la situación conyugal y los importes de dichas cuantías mínimas), así como la aplicación de estas cuantías mínimas en caso de jubilación anticipada voluntaria.

Se estudian a continuación los complementos para pensiones inferiores a la mínima en los aspectos relativos a su concepto, fundamento y naturaleza, así como los requisitos exigidos para percibir dichos complementos por mínimos, es decir, el requisito de no percibir un determinado nivel de ingresos así como el requisito de residencia en el

territorio español. Como no podía ser de otra manera, se abordan de forma crítica los importantes límites impuestos de cara a la percepción de estos complementos y en lo relativo a su cuantía puesto que afecta a las pensiones de menor cuantía y por el desigual impacto de género que trae consigo dicha medida. Se trata también la incidencia del complemento por maternidad en las pensiones de cuantía inferior a la mínima.

El Capítulo quinto es el relativo a la revalorización de pensiones, cuestión ésta de indudable actualidad a lo largo de los últimos años. Este capítulo aborda en primer lugar la importancia de la normativa sobre revalorización de pensiones desde un punto de vista cualitativo y cuantitativo, así como el tratamiento que desde la Constitución española se da a la cuestión y la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional al respecto. A continuación se analiza la evolución normativa en materia de revalorización de pensiones en España, dando cuenta de los sistemas de revalorización utilizados y de las modificaciones realizadas sobre los mismos, tratando con detalle las suspensiones puntuales del sistema de revalorización previsto por la Ley General de la Seguridad Social realizadas en los años 2010 y 2012 en el contexto de una fuerte crisis económica, así como la posterior modificación introducida por la Ley 23/2013 reguladora del factor de sostenibilidad y el índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social así como las cuestiones planteadas al respecto de dicho índice de revalorización.

En definitiva, estamos ante una obra que contiene un detallado y riguroso estudio de todas las materias mencionadas y realiza una puesta al día de las sucesivas modificaciones normativas introducidas en los citados elementos comunes al cálculo de pensiones contributivas; y todo ello, incidiendo en las cuestiones más críticas que plantean dichos elementos. Por todo lo anteriormente expresado, este libro merece la pena ser consultado en cualquier estudio o aproximación que quiera realizarse en materia de tope máximo de pensiones, de cuantías mínimas y de revalorización de pensiones.

Edurne López Rubia

Titular de Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea, UPV-EHU
mirenedurne.lopez@ehu.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9461-2483>